الحاوي الكبير

في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه
وهو شرح مختصر المزني

تصنيف

أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري

تحقيق وتعليق

الشيخ علي محمد معوض — الشيخ عادل أحمد عبد الموجود

قدم له وقرظه

الأستاذ الدكتور
محمد بكر إسماعيل
أستاذ بجامعة الأزهر

الأستاذ الدكتور
عبد الفتاح أبو سنة
جامعة الأزهر

الجزء الثامن عشر

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى
١٤١٤هـ - ١٩٩٤م

دار الكتب العلمية بيروت - لبنان
ص.ب: ١١/٩٤٢٤ - تلكس: Nasher 41245 Le
هاتف: ٣٦٦١٣٥ - ٨١٥٥٧٣-٨٦٨٠٥١-٦٠٢١٣٣
فاكس: ٠٠/٩٦١١/٦٠٢١٣٣ - ٠٠/١٢١٢/٤٧٨١٣٧٣

بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ العِتْقِ

بَابُ عِتْقِ الشِّرْكِ فِي الصِّحَّةِ وَالمَرَضِ وَالوَصَايَا فِي العِتْقِ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فِي عَبْدٍ وَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ قِيمَةَ العَبْدِ قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ عَدْلٍ وَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ وَعُتِقَ العَبْدُ وَإِلاَّ فَقَدْ عُتِقَ مَا عُتِقَ وَهَكَذَا رَوَى ابْنُ عُمَرَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ».

قال الماوردي: إنَّما عِتْقُ الْعَبِيدِ وَالإِمَاءِ مِن الْقُرَبِ التي تَتَرَدَّدُ بين وُجُوبٍ وَنَدْبٍ والأصل فيه قول الله تعالى: ﴿فَلاَ اقْتَحَمَ الْعَقَبَةَ وَمَا أَدْرَاكَ مَا الْعَقَبَةُ فَكُّ رَقَبَةٍ﴾ [البلد: ١١، ١٢، ١٣] يعني عتق رقبة من الرق.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: فِي جَهَنَّمَ عَقَبَةٌ لاَ يَقْتَحِمُهَا إلاَّ مَنْ فَكَّ رَقَبَةً»[1].

وَقَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ﴾ [الأحزاب: ٣٧] يعني زيد بن حارثة أنعم الله عليه بالإسلام وأنعم عليه رسول الله ﷺ بالعتق ولذلك سمي المولى المعتق منعماً وقال الله تعالى فيما أوجبه من كفارة القتل: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] وفيما أوجبه من كفارة الظهار ﴿فتحرير رقبة﴾ وفي الكتابة المفضية إلى العتق: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيراً﴾ [النور: ٣٣] ورُوي عَنْ ابن عُيَيْنة أن رسولَ اللَّهِ ﷺ قال: «مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً كَانَتْ فِدَاءَهُ مِنَ النَّارِ»[2].

وروى واثلةُ بن الأسقع، وعبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال: مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً أَعْتَقَ اللَّهُ بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهَا عُضْواً مِنهُ من النَّارِ»[3].

وروي أن عائشة رضي الله عنها نذرت أن تعتق عشرة من بني إسماعيل فسبي قوم من بني تميم فقال لها النبي ﷺ: «إِنْ سَرَّكِ أَنْ تُعْتِقِي الصَّمِيمَ مِنْ وَلَدِ إِسْمَاعِيلَ فَأَعْتِقِي هَؤُلاَءِ»[4].

---

(١) أخرجه عبد بن حميد وابن جرير عن الحسن كما في الدر المنثور (٦/ ٥٩٦).

(٢) أخرجه أحمد في المسند ٥/ ٢٤٤، ٢٤٤؛ والطبراني في الكبير ١٧/ ٣٣٣.

(٣) أخرجه أحمد ٢/ ٤٢٩، ٤/ ١١٣، ومسلم (١١٤٧) والشافعي كما في البدائع (١١٩٢) والحميدي (١١٩٢) والبيهقي في السنن الكبرى ١٠/ ٢٧٢.

(٤) البيهقي بنحوه ٩/ ٧٠ وهو في صحيح مسلم عن حامد بن عمرو وأخرجاه من حديث أبي زرعة.

وأعتق رسول الله ﷺ سلمان، وشقران، وثوبان، وزيد بن حارثة، واشترى أبو بكر رضي الله عنه بلالاً وكان يعذب على الإسلام فَأَعْتَقَهُ لوجه الله تعالى، فقال فيه عمر بن الخطاب رضي الله عنه: بلال سيدنا وعتيق سيدنا.

وفي قوله بلال سيدنا ثلاثة تأويلات:

أحدها: قوله ﷺ «سَيِّدُ الْقَوْمِ خَادِمُهُمْ»(١).

والثاني: لسابقته في الإسلام، وأنه كان من المعذبين فيه.

والثالث: أنه قصد به التواضع وكسر النفس.

وقد أعتق عمر، وعثمان، وعلي رضوان الله عليهم، عبيداً وإماءاً وكذلك أهل الثروة من الصحابة رضي الله عنهم في عصر الرسول ﷺ وبعده، فدل على فضل العتق فقيل: يَا رَسُولَ اللَّهِ: أَيُّ الرِّقَابِ أَفْضَلُ؟ قَالَ: أَكْثَرُهَا ثَمَناً وَأَنْفَسُهَا عِنْدَ أَهْلِهَا»(٢) ولأن في العتق فكاً من ذل الرق بعزّ الحرية وكمال الأحكام بعد نُقْصَانِهَا، والتصرف في نفسه بعد المنع منه وتملك المال بعد حظره عليه فكان من أفضل القُرَبِ من المُعْتِقِ وأجزل النِّعَم على المُعْتَقِ ولأن الله تعالى كفر به الذنوب وجبر به المآثم ومحا به الخطايا وما هو بهذه الحال فهو عند الله عظيم.

فصل: فإذا تقرر هذا فالعتق ضربان: واجب وتطوع

فالواجب خاص في بعض الرقاب. وهي أن تكون مؤمنة سليمة من العيوب. والتطوع أن يكون عاماً في جميع الرقاب من مؤمنة وكافرة وسليمة ومعيبة.

والعتق يقع بالقول الصريح وكناية.

والصريح لفظتان: أعتقتك، وحررتك. يقع العتق بهما مع وجود النية وعدمها.

والكناية: قوله حرمتك، وسيبتك، وأطلقتك، وخليتك، وما في معناه، فإن نوى به العتق عتق وإن لم ينو لم يعتق ولا يعتق بالنية من غير لفظ كالطلاق ويصح معجلاً ومؤجلاً وناجزاً وعلى صفة وبعوض وبغير عوض اعتباراً بالطلاق وبعلم العبد وبغير علمه ومع إرادته وكراهته.

فصل: وإذا كان العتق على ما وصفنا فهو يسري كسراية الطلاق وسرايته أعم من سراية الطلاق لأنه يسري إلى ملك المعتق وإلى غير ملكه وسراية الطلاق لا تسري إلا

---

(١) أخرجه الخطيب في التاريخ ١٠/ ١٨٧ وانظر كنز العمال (٦/ ١٧٥، ٨/ ١٧٥، ٩/ ١٧٥، ٢٤٨٣٤، ٢٤٨٣٥) وانظر كشف الخفاء.

(٢) البخاري ٥/ ١٤٨ في العتق (٢٥١٨) ومسلم ١/ ٨٩ في الإيمان (١٣٦/ ٨٤).

إلى ملك المطلق، فإذا أعتق الرجل بعضاً من عبده كقوله: نصفه حر عتق جميعه ولم يقف العتق الذي باشره.

وروى قتادة عن أبي المليح أسامة بن عُمير عن أبيه أن رجلاً أعتق شقصاً من غلام فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فقال: «هُوَ حُرٌّ كُلُّهُ لَيْسَ لَكَ شَرِيكٌ»[1].

وإذا أعتق شركاء له في عبد شرك بينه وبين غيره عتق عليه ما يملكه منه وروعيت حاله في يساره وإعساره فإن كان موسراً سرى عتقه إلى شريكه، وعتق عليه جميعه، ووجب عليه لشريكه قيمة حصته، ولم يكن للشريك أن يستبقيها على ملكه ولا أن يعتقها في حق نفسه، وإن كان المعتق موسراً لم يسر عتقه إلى حصة الشريك، وكانت حصته باقية على ملكه إن شاء أعتقها وإن شاء استبقاها ولا يجبر العبد على الاستسعاء فيما رق منه في حق واحد منهما وتتبعض في العبد الحرية والرق. وقال أبو حنيفة: لا يجوز أن تتبعض فيه فيكون بعضه حراً وبعضه مرقوقاً. والواجب تكميل الحرية فيه فإن كان المعتق موسراً كان شريكه بالخيار بين ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يعتق حصته مباشرة فيكون الولاء بينهما.

والحالة الثانية: أن يستسعي العبد في حصته فيعتق عليه بالسوية ويكون الولاء بينهما.

والحالة الثالثة: أن يأخذ المُعْتِقُ بقيمة حِصَّتِهِ ويكون المُعْتَقُ فيه بين خيارين إن شاء أعتقه، وإن شاء استسعاه في حصته فيه بقيمتها، وإن كان المُعْتِقُ معسراً كان الشريك في حصته بين خيارين: إما أن يعتقها وإما أن يستسعي العبد فيها.

وقال ربيعة بن أبي عبد الرحمن: لا يصح أن ينفرد أحدهما بعتق حصته في يساره وإعساره إلا أن يجتمعا على عتقه فيعتق عليهما، فإن تفرد أحدهما بالعتق لم يقع.

وقال الأصم وابن عُلَيَّة: يعتق حصة المعتق ولا يعتق عليه حصة الشريك موسراً كان أو معسراً.

وقال أبو يوسف ومحمد: يعتق حصة الشريك على المعتق موسراً كان أو معسراً، واستدل أبو حنيفة بما رواه سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن النَّضْر بن أنس عن بشير بن نهيك عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ مِنْ عَبْدٍ فَعَلَيْهِ خَلَاصُهُ فِي مَالِهِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مالٌ! استسعى الْعَبْدُ غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ»[2].

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠/ ٢٧٤ وانظر كنز العمال (٢٩٥٧١) وابن أبي شيبة ٦/ ١٨٤.
(٢) أخرجه البخاري ٥/ ١٣٧ (٢٥٠٤) ومسلم ٢/ ١١٤٠(٣/ ١٥٠٣).

قالُوا: وَهَذَا نص.

قالوا: ولأن تنافي أحكام الحرية والرق تمنع من تبعيض الحرية والرق كما امتنع من تبعيض الزوجية إباحة وحظراً.

قالوا: ولأنه ما لم تبعض الحرية والرق في ملك الواحد. لم تبعض في ملك الاثنين.

قالوا: ولأن عتق أحد الشريكين يجعل العبد فيما يملكه من حرية نفسه كالغاصب في حق الآخر فوجب أن يستسعي في قيمة نفسه كما يؤخذ الغاصب بقيمة غصبه. ودليلنا ما رواه الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فِي عَبْدٍ وَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ قِيمَةَ الْعَبْدِ قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ عَدْلٍ فَأُعْطِيَ شُرَكَاؤُهُ حِصَصُهُمْ وَعُتِقَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ وَإِلَّا فَقَدْ عُتِقَ مِنْهُ فَأُعْتِقَ وَرُقَّ مِنْهُ مَا رُقَّ»[(١)].

وهذا يدل على عتقه في حق الموسر دون حق المعسر، ويدل عليه ما رواه عطاء عن سعيد بن المسيب عن عمران بن الحصين، وروى سماك بن حرب عن الحسن عن عمران بن الحصين، وروى أيوب عن محمد بن سيرين عن عمران بن الحصين أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة أعبدٍ عند موته وليس له مال غيرهم فبلغ ذلك إلى رسول الله ﷺ فدعاهم وجزَّأهم ثلاثة أجزاء فأعتق اثنين وأرق أربعة[(٢)].

فمنع هذا الخبر من قول أبي حنيفة، لأن فيه أنه جزأهم وأبو حنيفة لا يجزئهم وأقرع بينهم، وأبو حنيفة لا يقرع بينهم، وأعتق منهم اثنين وأبو حنيفة يعتق من كل واحد ثلثه، وأرق أربعة وأبو حنيفة لا يسترقهم، وأوجب استسعاءهم والنبي ﷺ لم يوجبه فصار مذهبه مخالفاً للخبر في جميع أحكامه فوجب أن يكون مدفوعاً به، لأن الاستسعاء عتق بعوض فلم يجبر عليه العبد كالكتابة، ولأنه لما لم يقوم على المعتق المعسر فأولى أن لا يقوم على العبد بالسعاية، لأنه أسوأ حالاً من المعسر للعلم بإعسار العبد في الظاهر والباطن وإعسار المعتق في الظاهر دون الباطن.

ولأن ما يقتضيه التقويم هو العتق لدخول الضرر به في حصة الشريك فلما سقط التقويم في حق المعتق بإعساره وهو مباشر كان أولى أن يسقط عن العبد بما قد يجوز أن لا يصل إليه من سعايته. وقد قال النبي ﷺ: «مَنْ ضَرَّ أَضَرَّ اللَّهُ بِهِ».

فأما الجواب عن احتجاجهم بالخبرين فَمِن وجهين:

أحدهما: اختلاف الرواية فيه.

---

(١) البخاري ٥/١٥١ (٢٥٢٢) ومسلم ٢/١١٣٩(١/١٥٠١).

(٢) مسلم ٣/١٢٨٨ (٥٦/١٦٦٨).

والثاني: استعماله.

فأما اختلاف الرواية فمن أوجه:

أحدها: أن الاستسعاء تفرد به سعيد بن أبي عروبة عن قتادة فيما رواه العراقيون عنه وقد رواه أبو داود عن ابن أبي عيسى عن سعيد ولم يذكر السعاية.

والثاني: أن سعيد بن أبي عروبة تفرد برواية السعاية من بين أصحاب قتادة، وقد رواه من أصحاب قتادة من هو أضبط من سعيد وهو مسعر الحافظ وهشام الدستوائي ولم يذكرا فيه السعاية.

والثالث: أنه قد رواه هشام عن قتادة عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاً لَهُ مِنْ عَبْدٍ فَعَلَيْهِ خَلَاصُهُ فِي مَالِهِ» وأن قتادة قال فإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه فذكر قتادة ذلك عن نفسه فوهم فيه سعيد بن أبي عروبة فضمه إلى روايته.

قال أبو بكر النيسابوري: رواية همام أصح، لأنه فصل مذهب قتادة عن روايته وسعيد أزوجها في الرواية.

وأما استعمال الخبر في السعاية فمن وجهين:

أحدهما: أنه يحمل على المراضاة، دون الإجبار إذا طلبها العبد وأجاب إليه السيد، لأنه قال: غير مشقوق عليه والإجبار شاق، ولأن الاستسعاء استفعال وهو في اللغة موضوع للطلب كقولهم استسلف واستصعب واستقرض.

والثاني: أنه يحمل على استسعائه في خدمة الشريك واكتسابه له بحق ملكه لا لإطلاق الاستسعاء في احتمال الأمرين.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن تنافي أحكام الحرية والرق يمنع من الجمع بينهما فهو أنا نغلب أحدهما ولا نجمع بينهما فزال التنافي.

وأما الجواب عن امتناع الجمع بينهما في ملك الواحد فهو أن اختياره للمعتق أوجب سرايته إلى ملكه، ولم يوجب سرايته إلى ملك شريكه إذا استقر.

وأما الجواب عن جعلهم العبد كالغاصب فهو أنه لم يكن من العبد فعل ولا له على رقه يد فلم يجز أن يجعل كالغاصب المتعدي بيده واستهلاكه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيَحْتَمِلُ قَوْلُهُ فِي عِتْقِ المُوسِرِ وَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ وَعتق العَبْدِ مَعْنَيَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ يَعْتِقُ بِالقَوْلِ وَبِدَفْعِ القِيمَةِ والآخر أَنْ يَعْتِقَ المُوسِرَ وَلَوْ أَعْسَرَ كَانَ العَبْدُ حُراً وَاتُّبِعَ بِمَا ضُمِنَ وَهَذَا قَوْلٌ يَصِحُّ فِيهِ القِيَاسُ (قال

المزني) وَبِالقَوْلِ الأَوَّلِ قَالَ فِي كِتَابِ الوَصَايَا فِي العِتْقِ وَقَالَ فِي كِتَابِ اخْتِلاَفِ الأَحَادِيثِ يَعْتِقُ يَوْمَ تَكَلَّم بِالعِتْقِ وَهَكَذَا قَالَ فِي كِتَابِ اخْتِلاَفِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى وَأَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَ أَيْضاً فَإِنْ مَاتَ المُعْتِقُ أُخِذَ بِمَا لَزِمَهُ مِنْ أَرْشِ المَالِ لاَ يَمْنَعُهُ المَوْتُ حَقًّا لَزِمَهُ كَمَا لَوْ جَنَى جِنَايَةً وَالعَبْدُ حُرٌّ فِي شَهَادَتِهِ وَمِيرَاثِهِ وَجِنَايَاتِهِ قَبْلَ القِيمَةِ وَدَفْعِهَا (قال المزني) وَقَدْ قَطَعَ بِأَنَّ هَذَا المَعْنَى أَصَحُّ (قال المزني) وَقَطْعُهُ بِهِ فِي أَرْبَعَةِ مَوَاضِعَ أَوْلَى بِهِ مِنْ أَحَدِ قَوْلَيْنِ لَمْ يَقْطَعْ بِهِ وَهُوَ القِيَاسُ عَلَى أَصْلِهِ فِي القُرْعَةِ أَنَّ المُعْتِقَ يَوْمَ تَكَلَّمَ بِالعِتْقِ حَتَّى أَقْرَعَ بَيْنَ الأَحْيَاءِ وَالمَوْتَى فَهَذَا أَوْلَى بِقَوْلِهِ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ قَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ لَوْ أَعْتَقَ الثَّانِي كَانَ عِتْقُهُ بَاطِلاً وَفِي ذَلِكَ دَلِيلٌ لَوْ كَانَ مَلِكَهُ بِحَالِهِ لَوْ عُتِقَ بِإِعْتَاقِهِ إِيَّاهُ وَقَوْلِهِ فِي الأَمَةِ بَيْنَهُمَا أَنَّهُ إِنْ أَحْبَلَهَا صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ إِنْ كَانَ مُوسِراً كَالعِتْقِ وَأَنَّ شَرِيكَهُ إِنْ وَطِئَهَا قَبْلَ أَخْذِ القِيمَةِ كَانَ مَهْرُهَا عَلَيْهِ تَامّاً وَفِي ذَلِكَ قَضَاءٌ لِمَا قُلْنَا وَدَلِيلٌ آخَرُ لَمَّا كَانَ الثَّمَنُ فِي إِجْمَاعِهِمْ ثَمَنَيْنِ أَحَدُهُمَا فِي بَيْعٍ عَنْ تَرَاضٍ يَجُوزُ فِيهِ التَّغَابُنُ والآخَرُ قِيمَةُ مُتْلَفٍ لاَ يَجُوزُ فِيهِ التَّغَابُنُ وَإِنَّمَا هِيَ عَلَى التَّعْدِيلِ وَالتَّقْسِيطِ فَلَمَّا حَكَمَ النَّبِيُّ ﷺ عَلَى المُعْتِقِ المُوسِرِ بِالقِيمَةِ دَلَّ عَلَى أَنَّهَا قِيمَةُ مُتْلَفٍ عَلَى شَرِيكِهِ يَوْمَ أَتْلَفَهُ فَهَذَا كُلُّهُ قَضَاءٌ لأَحَدِ قَوْلَيْهِ عَلَى الآخَرِ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ».

قال الماوردي: وهذا القول يصح فيه القياس قد ذكرنا أن عتق الموسر يسري إلى حصة شريكه، واختلف قول الشافعي في عتقها عليه بماذا يقع على ثلاثة أقاويل:

أحدها: نص عليه في اختلاف الحديث، واختلاف العراقيين وكتاب الوصايا أنه يعتق عليه حصة الشريك بنطقه قبل دفع القيمة، فيدفعها بعد نفوذ العتق، وهو قول ابن أبي ليلى وسفيان الثوري، وأحمد وإسحاق.

والقول الثاني: نص عليه في القديم لا يعتق عليه إلا بعد دفع القيمة إلى شريكه وهو قبل دفعها على بقاء حصته وهو قول مالك.

والقول الثالث: الأشبه ذكره عنه البويطي وحرملة، أن العتق في حصة الشريك موقوف مراعى فإذا دفع القيمة بَانَ أن العتق وقع باللفظ، وإن لم يدفعها بَانَ أنه لم يزل عن الرق.

ونظير هذه الأقاويل في ملك المبيع متى ينتقل عن البائع إلى المشتري على ثلاثة أقاويل:

أحدها: بالعقد قبل مضي زمان الخيار.

والثاني: بالعقد وانقضاء الخيار.

والثالث: أنه موقوف مراعى.

فإن تم البيع بَانَ أنه كان مالكاً بنفس العقد، وإن لم يتم البيع بَانَ أنه لم يكن مالكاً.

فإذا قيل بالقول الأول أنه يعتق عليه باللفظ قبل دفع القيمة وهو المشهور من مذهبه فدليله رواية ابن أبي مليكة عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «إِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ وَكَانَ لَهُ مَالٌ فَقَدْ عُتِقَ كُلُّهُ»[١] ولأن فيه الحصة معتبرة وقت عِتْقِه فَدَلَّ على نفوذ العتق فيها بلفظة.

وإذا قيل بالقول الثاني: أنه لا يعتق إلا بدفع القيمة فدليله رواية عمرو بن دينار عن سالم عن أبيه عن النبي ﷺ أنه قال: «أَيُّمَا عَبْدٍ كَانَ بَيْنَ اثْنَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ فَإِنْ كَانَ مُوسِراً قُوِّمَ عَلَيْهِ قِسْمَةَ عَدْلٍ لَيْسَتْ بِوَكْسٍ وَلاَ شَطَطٍ ثُمَّ يُعْتَقُ»[٢] ولأن العتق عن عرض فتحريمه يدفع العوض كالكتابة.

وإذا قيل بالقول الثالث: أن العتق موقوف مراعى فدليله أن تعارض الروايتين يقتضي الوقف والمراعاة لاستعمال الخبرين، ولأن في الوقف إزالة الضرر عن الشريك والعبد فكان أولى من إدخاله على الشريك بتعجيل العتق أو على العبد بتأخيره، ويكون وقف عتقه على هذا القول كمن أعتق عبده في مرض موته وله مال غائب لا يعلم أيسلم فيخرج العتق من ثلثه، أو يتلف فلا يخرج من ثلثه كان تحرير عتقه بعد موته موقوفاً على سلامة ماله، فإن سلم عتق جميع العبد من حين تلفظ بعتقه وإن تلف ماله بَانَ أنه لم يعتق منه إلا ثلثه، وأن باقيه لم يزل موقوفاً.

فصل: فأما المزني، فإنه اختار أشهر هذه الأقاويل وهو الأول أن حصة الشريك تعتق بلفظ المعتق، وتكون القيمة في ذمته حتى يؤديها، وتكلم على قيمته فصولاً بعضها تحقيق لمذهبه وبعضها نصرة لصحته.

فالفصل الأول: قال المزني بالقول الأول في كتاب الوصايا في العتق وقال في كتاب اختلاف الأحاديث يعتق يوم تكلم بالعتق وهكذا قال في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى فجعل المزني تكرار هذا القول في هذه المواضع التي لم يذكر غيره فيها إثباتاً له ونفياً لغيره، وليس الأمر على ما تَوَهَمَ لأن أقاويله إذا فرقت لم يحتج إلى

---

(١) أحمد ٥/ ٧٥٢٧٤، والبيهقي ١٠/ ٢٧٣، ٢٧٤.

(٢) أخرجه الشافعي في المسند (١٩٤) والحميدي (٦٧٠) والبيهقي ١٠/ ٢٧٥.

تكرارها في كل موضع ولو كان ما توهم صحيحاً لاقتضى إذا كرر أحدهما في مواضع وكرر الأخرى في مواضع أن يكون نافياً لهما والذي يقتضى تحقيق مذهبه في أحد القولين أن يقول وبهذا أقول وهو أولى أن يحتج له.

فأما تكراره والتفريع عليه فقال بعضهم: لا تأثير لهما كما لا تأْثير لزيادة الشهود في تعارض البينتين.

وقال آخرون: لها تأثير في أن غيرها لا يترجح عليه.

واختلفوا هل يصير بها أرجح من غيره فرجح بها بعضهم ولم يرجح بها آخرون.

والفصل الثاني قال المزني: فقال ـ يعني الشافعي ـ فإن مات المعتق أخذ ما لزمه من رأس المال لا يمنع الموت حقاً لزمه، كما لو جنى جناية، وهذا ذكره المزني احتجاجاً أن أخذ قيمة الحصة من شريكه بعد موته دليل على نفوذ العتق في حياته ولا حجة في هذا، لأن القيمة مأخوذة من شريكه على الأقاويل كلها، لأنه وإن لم يعتق عليه في أحدها، فقد كان منه السبب الموجب لعتقه، فكان مأخوذاً بعتقه في تركته كما لو جرح عبداً فسرى الجرح إلى نفسه بعد موته أخذت قيمة العبد من تركته، وإن وجبت بعد موته، وكذلك إن حفر بئراً في غير ملكه، ومات، كان غرم ما تلف فيها بعد موته من تركته، وإن وجبت بعد موته، لتقدم السبب في حياته، فلم يكن لما ذكره المزني من أخذ القيمة من تركته دليل على نفوذ العتق في حياته، لأننا إن قلنا بالأول أنه يعتق عليه بلفظه، كان المأخوذ من تركته، ما وجب عليه غرمه في حياته.

وإن قلنا بالثاني: أنه يعتق بأداء القيمة، فقد وجد منه السبب الموجب لعتقه، فوجب أن يكون غرم القيمة في تركته، لتقدم السبب الموجب لعتقه، كحفر البئر.

والفصل الثالث: قال المزني: قال الشافعي: إن العبد حر في شهادته، وحدوده، وميراثه، وجناياته، قبل القيمة وبعدها، وهذا الذي حكاه المزني مبني على الأقاويل الثلاثة، فإن قيل بنفوذ عتقه باللفظ، جرت عليه أحكام الأحرار في شهاداته، وواجباته، وجناياته، وحدوده، وميراثه.

وإن قيل أنه لا يعتق، إلا بأداء القيمة، جرت عليه أحكام العبيد في هذا كله.

وإن قيل: إن عتقه موقوف على أداء القيمة، كانت أحكامه في هذا كله، موقوفة، فإن عتق بأداء القيمة، جرت عليه أحكام الأحرار في جميعها، وإن لم يعتق بها، جرت عليه أحكام العبيد في جميعها، فكان ما ذكره الشافعي ـ رحمه الله ـ على أحد أقاويله، فلم يكن فيه دليل.

والفصل الرابع: قال المزني: فقد قطع بأن هذا المعنى أصح قال المزني، وما

قطع به في أربعة مواضع، أولى من أحد قولين لم يقطع به، وهذا الذي حكاه عن الشافعي وقطع به في أربعة مواضع، إن كان منه قطعاً بصحته كان تحقيقاً لمذهبه وعدولاً عن غيره، وإن كان قطع به، لأن ذكره فيها، ولم يذكر غيره، فقد تقدم الجواب عنه، والمزني عدل فيما رواه معمول بما حكاه، والظاهر من روايته القطع بصحته، فلا امتناع من تصحيحه على مذهبه.

والفصل الخامس: قال المزني، وهو القياس على أصله في القديم، أن العتق يوم تكلم بالعتق، حتى أقرع بين الأحياء، والأموات، فهذا بقوله أولى. فيقال له.

أما القرعة بين من أعتقهم في مرضه إذا عجز الثلث عن قيمتهم بعد موته، واجبةٌ، وخروجها لأحدهم، موجب لتقدم عتقه في حياته، ولو مات أحدهم، وخرجت عليه القرعة بعد موته، بَانَ أنه كان حراً قبل موته، وهذا مما لا يختلف فيه مذهبه، وليس فيه دليل على عتق حصة الشريك قبل أخذ قيمته، لوقوع الفرق بينهما، فإن عتقه في المرض صادف ملكه، فوقع وإنما دخلت القرعة لاسترقاق ما عجز عنه الثلث، فصار العتق متقدماً، واستدراكه بالعجز متأخراً، وليس كذلك عتقه في حصة الشريك، لأنه عتق سرى إلى غير ملكه، فلم تستقر السراية إلا بدفع بدله، لئلا يزال ملكه المستقر بغير بدل مستقر، ثم يستخرج من معنى العتق في المرض دليل عليه أن العتق في حصة الشريك لا يقع إلا بدفع القيمة بأن العتق في المرض لما لم يتحرر إلا بأن يجعل للورثة، مثلاً قيمته وجب أن لا تعتق حصة الشريك، إلا بأن يصل إلى قيمته فيصير ما ذكره دليلاً عليه.

الفصل السادس: قال المزني: وقد قال الشافعي: فإن أعتق الثاني، كان عتقه باطلاً، وفي ذلك دليل على أنه لو كان ملكه بحالة العتق، بإعتاقه إياه، قيل: قد ذهب أبو علي بن أبي هريرة إلى أن عتق الشريك لا يقع إذا قيل أن حصته قد عتقت على المعتق بلفظه، ويعتق على الشريك إذا قيل إن حصته لا تعتق إلا بدفع القيمة، فخلص من هذا الاعتراض، والذي عليه جمهور أصحابنا، وهو الظاهر من منصوص الشافعي، أن عتق الشريك لا يقع على الأقاويل كلها، لأنه إن قيل أن العتق قد سرى إلى حصته، فقد أعتق بعد زوال ملكه.

وإن قيل: إن العتق لا يسرى إليها إلا بعد دفع القيمة، فقد تعلق بها للمعتق حق السراية، واستحقاق الولاء، فأوقع على الشريك في ملكه حجراً منع من التصرف فيه بعتق وغيره، والحجر يمنع من وقوع العتق مع ثبوت الملك، كالأمة إذا أعتقت تحت عبد فطلقها قبل الفسخ، لم يقع طلاقه في الحال، وإن كان مالكاً للبضع لما في وقوع طلاقه من إبطال حق الزوجة من الفسخ، وصار حقها فيه موقعاً للحجر عليه في طلاقه،

فإن فسخت لم يقع طلاقه وإن أقامت وقع الطلاق لرفع الحجر بالإقامة.

والفصل السابع: قال المزني: وقوله في الأمة بينهما أنه إن أحبلها أحدهما، صارت أم ولد له إن كان موسراً، كالعتق وإن شريكه إن وطئها، قبل أخذ القيمة، كان مهرها عليه تاماً.

وفي ذلك قضاء لما قبل، لأن إحبال أحد الشريكين لها جار مجرى عتقه، له على الأقاويل الثلاثة:

أحدها: أنها قد صارت كلها أم ولد له بالإحبال، فإذا وطئها الشريك الآخر، كان عليه جميع مهرها.

والقول الثاني: أن حصة الشريك، لا تصير للمحبل أم ولد، إلا بدفع القيمة، وإن وطئها الشريك، كان عليه نصف مهرها.

والقول الثالث: أنه موقوف، فإن دفع المحبل القيمة بَانَ أنها أم ولده بالإحبال، وكان على الشريك، إذا وطىء جميع المهر، وإن لم يدفع القيمة بَانَ أن حصة الشريك باقية على ملكه، فلم يجب عليه بوطئها إلا نصف المهر فلم يكن بين الإحبال والعتق فرق، ولم يكن في استشهاده به دليل.

والفصل الثامن: قال المزني ودليل آخر لما كان الثمن في إجماعهم بتمييز أحدهما بيع عن تراض، يجوز فيه التغابن والآخر فيه متلف لا يجوز فيه التغابن وإنما هي على التعديل والتقسيط، فلما حكم النبي ﷺ على الموسر المعتق بالقيمة، دل على أنها قيمة متلف على شريكه، يوم أتلفه. فهذا كله قضاء لأحد قوليه على الآخر وبالله التوفيق.

فيقال للمزني: جعلت الأثمان ضربين:

[الأول] ضرب لأعيان ثابتة بعقد عن تراض يجوز فيه التغابن كالبيع.

[الثاني] وضرب يكون فيه متلفاً ولا يجوز فيه التغابن كالشريك فجعلت هذا دليلاً على أن حصة الشريك لما استحق فيها مقداراً، لا يجوز فيه التغابن، أنه قيمة متلف بالعتق.

وهاهنا ضرب ثالث، يستحق فيه مقدر لا يجوز فيه التغابن وليس بمتلف، ولا مستهلك وهو الشفيع ينتزع الشقص من المشتري بالثمن المقدر الذي لا يستحدث فيه التغابن، وليس بتالف، وإذا أوصى الرجل ببيع عبده، على زيد استحق بيعه عليه بقيمته المقدرة، وليس بتالف فلما كان هذا ضرباً ثالثاً تقدر فيه الثمن وزال عنه التغابن، وهذا باق غير تالف دخلت فيه حصة الشريك المقدرة عن غير متلف.

وهذا من الضرب الثالث وإن خرج عن الضربين الأولين.

فصل: وإذا تقرر أن نفوذ العتق في حصة الشريك يكون على الأقاويل الثلاثة، انتقل الكلام إلى التفريع على كل قول منها.

فإذا قيل بالأول أنه يعتق بنفس اللفظ، فقد اختلف أصحابنا في وقوع العتق عليها، هل يقترن بعتق ملكه، أو يتعقبه بالسراية بعد نفوذ العتق في ملكه على وجهين:

أحدهما: يعتق بالسراية بعد نفوذ العتق في ملكه ولا يعتق الجميع في حالة واحدة بلفظه، لأنه لو تلفظ بعتق حصة الشريك لم يعتق بلفظه، فدل على عتقه بالسراية دون لفظه.

والوجه الثاني: قاله شاذ من أصحابنا أن جميعه يعتق في حالة واحدة عتق مباشرة، لا يتقدم أحدهما على الآخر، لأن عتقهما عن لفظ، فوجب أن يقع عليها باللفظ، ويكون المعتق مأخوذاً بالقيمة على الوجه الأول، عقيب عتقه، وعلى الوجه الثاني بقيمته مع عتقه، ولو مات العبد عقيب العتق، مات حراً، وما له لورثته، ولم تسقط القيمة عن معتقه، ويملك إكساب نفسه، وتسقط نفقته، وزكاة فطره، عن معتقه، ولو مات المعتق قبل دفع القيمة، أخذت من تركته لو أعسر بها، بعد يساره كانت ديناً يحاص بها الشريك جميع غرمائه، ولو اختلف المعتق والشريك في قيمة الحصة، وتعذرت البينة بها، كان القول فيها قول المعتق مع يمينه، لأنه غارم، ولو كان مكان العبد أمة حامل، فولدت بعد عتقها، وقبل دفع قيمتها، عتق معها، ولم يلزمه قيمة ولدها.

ولو مات الولد كان موروثاً ووارثاً.

ولو ضرب بطنها فألقت جنيناً ميتاً، كان فيه غرة عبد، أو أمة كجنين الحرة.

وإذا قيل بالثاني: أنه لا يعتق إلا بدفع القيمة، فهل يكون العتق معتبراً بالدفع من جهة المعتق، أم بالقبض من جهة الشريك؟ على وجهين:

أحدهما: يكون العتق معتبراً بدفع المعتق، وتمكين الشريكين قبضه، سواء قبضه منه، أو لم يقبضه، لأن العتق واقع بها فاعتبر بفعل من كان العتق واقعاً في حقه، فعلى هذا تصير القيمة داخلة في ملك الشريك بدفع المعتق لها، وتمكن الشريك من قبضها، ولو تلفت قبل قبضها كانت تالفة من مال الشريك دون المعتق، ولم يلزمه غرمها.

والوجه الثاني: لا يعتق بدفع القيمة، حتى يقبضها الشريك لأن تأخر العتق على دفع القيمة، إنما وجب ليصل إلى حقه منها، وهو قبل القبض غير واصل إليه، فعلى هذا لا يدخل في ملكه إلا بعد قبضه، فإن تمانع من القبض أجبره الحاكم عليه، ولو

تلفت قبل قبضه، كانت تالفة من مال المعتق دون الشريك، وعلى المعتق غرمها، وعلى الوجهين معاً لو أبرأ الشريك من القيمة، لم يبرأ منها المعتق، لوقوع العتق بدفع القيمة، وليس الإبراء دفعاً، وهذا بخلاف إبراء المكاتب حيث عتق به، وقام مقام أدائه به، لأن عتق الكتابة عن مراضاة فغلب فيها حكم الديون في الذمم، وهذا المعتق عن إجبار فغلب فيها حكم العتق بالصفة، ولو مات العبد قبل دفع القيمة، ففي استحقاقها على المعتق وجهان:

أحدهما: لا يستحق عليه، لأن العتق لم يحصل له، ويكون لمعتقه نصف ولائه. يستحق به نصف ميراثه، ونصفه الآخر رقاً لشريكه يملك به نصف ما تركه العبد من مال.

والوجه الثاني: يستحق عليه الشريك قيمة حصته لمنعه من التصرف فيه، وحبسه على المعتق في حقه، فعلى هذا هل يكون دفع القيمة موجباً لنفوذ العتق فيه، على وجهين:

أحدهما: يعتق، لأنه لا يجوز أن يغرم بحكم العتق ما لا ينفذ فيه العتق.

والوجه الثاني: لا يعتق، لأنه لا يجوز أن يقع العتق بعد الموت. وإذا كان مكان العبد أمة حامل، فولدت قبل دفع القيمة، كانت حصة المعتق منه مولودة على الحرية، وحصة الشريك منه مولودة على الرق، والمعتق مأخوذ بقيمتها كالأم، ويعتقان معاً عليه بدفع القيمة.

ولو ضرب بطنها فألقت جنيناً ميتاً، ففيه نصف دية جنين حر، ونصف دية جنين مملوك، فيكون فيه نصف الغرة، ونصف عشر قيمة أمه يرث المعتق ما وجب بحريته، ويملك الشريك، ما وجب برقه، ولا يضمن المعتق حصة الشريك من الجنين وجهاً واحداً، لأن الجنين، لا يضمن إلا بالجناية، ثم نفقة العبد، وزكاة فطره ساقطة عن معتقه، ومشتركة بينه وبين الشريك المالك لرق حصته، لا يسقط عنه إلا بعد عتقها، بأخذ قيمتها وإن اختلفا في القيمة، فالقول فيها قول الشريك دون المعتق، لبقائها على ملكه، فلم يزل إلا بقوله.

وإن قيل بالثالث: أن العتق في حصة الشريك، موقوف مراعى، فإن أخذ القيمة بَانَ بها، تقدم العتق بلفظ المعتق وجرى عليه أحكام القول الأول، وإن لم يصل إلى القيمة لم يعتق وجرى عليه أحكام القول الثاني، ودفع القيمة واجب في حق كل واحد منهما، فإن بذلها المعتق أجبر الشريك على قبضها، وإن طلبها الشريك أجبر المعتق على دفعها، وإن أمسك الشريك عن الطلب، وأمسك المعتق عن الدفع، كان للعبد أن يأخذ المعتق بالدفع، والشريك بالقبض، وإنما أخذهما بذلك لما استحقه عليهما من

تكميل عتقه، فإن أمسك العبد مع إمساكهما كان للحاكم أن يأخذهما بتكميل العتق، لما فيه من حق الله تعالى.

وإذا مات العبد قبل دفع القيمة استحقها الشريك على المعتق، وجهاً واحداً، لأن دفعها يوجب تقدم عتقه باللفظ، ويكون ولاء نصفه مستحقاً للمعتق، وولاء نصفه الباقي موقوفاً على دفع القيمة، ويكون أكساب العبد في حياته يملك منها نصفها بحريته، ونصفها موقوف بينه وبين الشريك المالك لرقه وينفق منه على نفسه بقدر رقه.

وإذا أعسر المعتق بالقيمة بعد يساره، انظر بها إلى ميسرته وكان قدر الرق، والكسب على وقفه، فإن مات المعتق على إعساره ارتفع الوقف وتصرف الشريك في القدر المسترق وملك ما قابله من الكسب. وبالله التوفيق.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ وَصَاحِبُهُ مُوسِرٌ أَعْتَقْتَ نَصِيبَكَ وَأَنْكَرَ الآخَرُ عُتِقَ نَصِيبُ المُدَّعِي وَوُقِفَ وَلَاؤُهُ لأَنَّهُ زَعَمَ أَنَّهُ حُرٌّ كُلُّهُ وَادَّعَى قِيمَةَ نَصِيبِهِ عَلَى شَرِيكِهِ».

قال الماوردي: وصورتها: في عبد بين شريكين ادعى أحدهما على صاحبه أنه أعتق حصته وهو موسر، وأن عتقه سرى إلى حصته، وطالبه بقيمة حصته، فلا يخلو المدعي عليه من أن يقر بالعتق، أو ينكر فإن أقر بالعتق عتقت عليه حصته بإقراره، وفي عتق حصة شريكه ثلاثة أقاويل:

أحدها: يعتق بإقراره على نفسه ويؤخذ بقيمتها، ويكون له ولاء جميعه.

والقول الثاني: لا تعتق حصة الشريك إلا بدفع القيمة إليه ويؤخذ بدفعها حتى يتكامل العتق بدفع القيمة.

والقول الثالث: إن عتقها موقوف على دفع القيمة، فإذا دفعت بَانَ تقدم العتق باللفظ، وإن أنكر المدعي عليه العتق، فإن كان للمدعي بينة سمعت وهي شاهدان، وحكم عليه بعتقه لملكه وكان عتق حصة المدعي على الأقاويل الثلاثة، ولا يقبل فيها شاهد، وامرأتان، لأنها بينة في عتق، وإن عدمت البينة، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه، أنه لم يعتق وحصته باقية على ملكه. وفي عتق حصة المدعي قولان:

أحدهما: وهو الذي نص عليه الشافعي في هذا الموضع أن حصته تعتق عليه، إذا قيل أن العتق يسري بنفس اللفظ، لأنه مقر على نفسه بما يضره، وينفع غيره، فقيل إقراره، على نصيبه ولم يقبل، دعواه على غيره.

والقول الثاني: لا يعتق عليه إذا قيل بالقولين الأخرين أن العتق يقع بدفع القيمة،

أو أنه موقوف على دفع القيمة، وإن عتقت حصة المدعي على القول الأول، لم يسر عتقه إلى حصة المدعى عليه، لأنه عتق لزمه بغير اختياره فصار كمن ورث من رق ابنه سهماً، عتق عليه، ولم يسر إلى باقيه. وكان ولاء ما عتق منه، موقوفاً، لأنه لا يدعيه واحد منهما، وإذا لم تعتق حصة المدعي على القول الثاني كانت مقرة على ملكه، وفي جواز تصرفه فيها بالبيع والعتق وجهان:

أحدهما: يجوز لاستقرار ملكه عليها بإبطال السراية إليها.

والوجه الثاني: لا يجوز لإقراره بالمنع من ذلك في حق شريكه. فلو عاد المنكر فاعترف بالعتق بعد جحوده، عتق ملكه عليه، وكانت سراية عتقه إلى حصة الشريك على الأقاويل الثلاثة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ ادَّعَى شَرِيكُهُ مِثْلَ ذَلِكَ عُتِقَ العَبْدُ وَكَانَ لَهُ وَلَاؤُهُ قَالَ وَفِيهَا قَوْلٌ آخَرُ إِذَا لَمْ يُعْتَقْ نَصِيبُ الأَوَّلِ لَمْ يُعْتَقْ نَصِيبُ الآخَرِ لأَنَّهُ إِنَّمَا يُعْتَقُ بِالأَوَّلِ (قال المزني) قَدْ قَطَعَ بِجَوَابِهِ الأَوَّلِ أَنَّ صَاحِبَهُ زَعَمَ أَنَّهُ حُرٌّ كُلُّهُ وَقَدْ عُتِقَ نَصِيبُ المُقِرِّ بِإِقْرَارِهِ قَبْلَ أَخْذِهِ قِيمَتَهُ فَتَفَهَّمْ وَلَا خِلَافَ أَنَّ مَنْ أَقَرَّ بِشَيْءٍ يَضُرُّهُ لَزِمَهُ وَمَنِ ادَّعَى حَقًّا لَمْ يَجِبْ لَهُ وَهَذَا مُقِرٌّ لِلْعَبْدِ بِعِتْقِ نَصِيبِهِ فَيَلْزَمُهُ وَمُدَّعٍ عَلَى شَرِيكِهِ بِقِيمَةٍ لَا تَجِبُ لَهُ وَمِنْ قَوْلِهِ وَجَمِيعِ مَنْ عَرَفْتُ مِنَ العُلَمَاءِ أَنْ لَوْ قَالَ لِشَرِيكِهِ بِعْتُكَ نَصِيبِي بِثَمَنٍ وَسَلَّمْتُهُ إِلَيْكَ وَأَنْتَ مُوسِرٌ وَإِنَّكَ قَبَضْتَهُ وَأَعْتَقْتَهُ وَأَنْكَرَ شَرِيكُهُ أَنَّهُ مُقِرٌّ بِالعِتْقِ لِنَصِيبِهِ نَافِذٌ عَلَيْهِ مُدَّعٍ لِثَمَنٍ لَا يَجِبُ لَهُ فَهَذَا وَذَاكَ عِنْدِي فِي القِيَاسِ سَوَاءٌ وَهَذَا يَقْضِي لأَحَدِ قَوْلَيْهِ عَلَى الآخَرَ (قَالَ المُزَنِيُّ) وَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ لَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ إِذَا أَعْتَقْتَهُ فَهُوَ حُرٌّ فَأَعْتَقَهُ كَانَ حُراً فِي مَالِ المُعْتِقِ».

قال الماوردي: اختلف أصحابنا فيما أراده الشافعي بهذه المسألة، فقال بعضهم: أراد بها أن يعود الشريك المنكر، لما ادعى عليه من العتق، فيعترف بأنه قد كان أعتق، فتعتق عليه حصته وتلزمه قيمة حصة شريكه، ويكون عتقها على الأقاويل الثلاثة:

أحدها: يعتق عليه باعترافه، وتكون القيمة ديناً، في ذمته، وله ولاء جميعه، ويكون عتقه في القولين الآخرين موقوفاً على دفع قيمته.

وقال الأكثرون منهم إن مراد الشافعي بها أن يدعي كل واحد من الشريكين على صاحبه، أنه أعتق حصته، وهو موسر، فسرى العتق إلى نصيبه، واستحق به قيمة حصته، وينكر كل واحد منهما دعوى صاحبه، فإنهما يتحالفان مع عدم البينة، فإن

حلف أحدهما، ونكل الآخر، قضى للحالف على الناكل، وإن حلفا معاً، أو نكلا ففي عتق حصة كل واحد منهما عليه قولان:

أحدهما: قد عتقت حصة كل واحد منهما عليه، إذا قيل أن العتق يسري باللفظ فيصير جميع العبد حراً، وولاؤه موقوفاً لأن كل واحد منهما ينفي أن يكون مالكاً لولائه.

فإن تصادقا بعد التحالف والإنكار، حملا على مقتضى تصادقهما.

والقول الثاني: أنها لا تعتق حصة واحد منهما بهذه الدعوى إذا قيل بالقولين الآخرين أن حصة الشريك لا يعتق إلا بدفع القيمة أو أنها موقوفة على دفع القيمة، ويكون العبد بينهما على رقه، وفي جواز تصرفهما فيه بالبيع والعتق ما قدمناه من الوجهين.

ثم عاود المزني تصحيح القول الذي اختاره من سراية العتق إلى حصة الشريك بلفظ المعتق بخمسة فصول:

أحدها: إن قال قد قطع يعني «الشافعي» بجوابه الأول أن صاحبه زعم أنه حر كله، وقد أعتق نصيب المقر بإقراره قبل أخذه قيمته فتفهم.

فيقال للمزني هذا إنما قاله الشافعي على أحد أقاويله الثلاثة أن العتق يسري باللفظ، ولم يقله على القولين الآخرين اقتصاراً بالتفريع على أحدهما اختصاراً وقد ذكرنا ما يقتضيه تفريعه على أحد أقاويله، فأغنى عن إعادته.

والفصل الثاني: قال المزني: ولا خلاف أن من أقر بشيء يضره لزمه، ومن ادعى حقاً لم يجب له، وهذا مقر للعبد بعتق نصيبه فلزمه، ومدع على شريكه قيمة لا تجب له.

وهذا قاله المزني تحقيقاً لاختياره، وتعليلاً لصحته، فمن أصحابنا من صحح هذا التعليل وأجراه في كل معلول به، لكنه تعليل لحكم القول إذا جعل العتق سارياً باللفظ. وليس بتعليل لصحته أنه يسري باللفظ.

ومن أصحابنا من نقض تعليله، ومنع أن يكون جارياً في كل معلول به، فإن من ادعى أنه باع عبداً على زيد بثمن لم يقبضه، وأنكر زيد فهو مقر له بالعبد، ومدع عليه الثمن، وليس يلزمه تسليم العبد وإن كان مقراً به، كما لم يستحق الثمن وإن كان مدعياً له.

والفصل الثالث: قال المزني في قوله: «وجميع من عرفت من العلماء أن لو قال لشريكه بعتك نصيبي بثمن، وأسلمته إليك، وأنت موسر، وأنك قبضته وأعتقته، وأنكر

شريكه أنه مقر بالعتق لنصيبه، نافذ عليه، ومدع لثمن لا يجب له. وهذا وذاك عندي في القياس سواء، وهذا قضاء لأحد قوليه على الآخر» وهذا قاله المزني احتجاجاً على وقوع العتق في حصة الشريك باللفظ والسراية بأن الشريك لو ادعى على شريكه أنه باعه حصته بثمن له فقبضه، وأنه سلم الحصة إليه وعتقها، وأنكر الشريك التسليم والعتق فحصة المدعي قد عتقت عليه قولاً واحداً عند جميع أصحابنا إذا كان بعد التسليم.

ولو قال عتقته قبل التسليم كان في نفوذ عتقه عليه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة يعتق لأنه قد جعله معتقاً لملك.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي لا يعتق لأنه قبل التسليم في حكم الحجر لارتهانه على ثمنه ثم إذا لزمه العتق على هذا التفصيل لم يكن فيه دليل على سراية العتق باللفظ دون القيمة، لوقوع الفرق بينهما بأنه في مسألة البيع جعله معتقاً لملك ينفذ فيه العتق، فلذلك عتق عليه بهذه الدعوى، وفي مسألة السراية جعله معتقاً لغير ملكه فجاز أن لا تقع فيه السراية حين لم يقع عتق المباشرة، لأن العتق بالسراية يتفرع عن عتق المباشرة فلم يثبت حكم الفرع مع عدم أصله.

والفصل الرابع: قال المزني: وقد قال الشافعي: «لو قال أحدهما لصاحبه إذا أعتقته فهو حُرٌّ فأعتقه كان حراً في مال المعتق» وهذا قاله المزني إلزاماً لنفوذ العتق بسراية اللفظ دون دفع القيمة بأن أحد الشريكين لو قال لصاحبه: إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر، فأعتق الشريك نصيبه، فإن كان معسراً فقد عتقه في حصته، ولم يسر إلى حصة شريكه، وعتقت حصة الشريك عليه بالصفة التي علقها بعتق صاحبه. وإن كان المعتق موسراً لم يعتق على الشريك حصته بالصفة على الأقاويل كلها سواء قيل إن العتق يسرى باللفظ أو يقع بدفع القيمة أو يكون موقوفاً.

وعند ابن أبي هريرة أنه يعتق بالصفة إذا قيل إن عتقها في حق المعتق لا يقع إلا بدفع القيمة، ونصّ الشافعي وما عليه قول سائر أصحابه أنه لا يعتق بالصفة على الأقاويل كلها، لأنه لما عتق على المعتق بالسراية فقد تقدم عتقه على عتق الصفة، وإن قيل لا يعتق عليه إلا بدفع القيمة، فقد أوقع عتقه حجراً في استحقاق الولاء على عتق باقيه فلم ينفذ عتق محجور عليه.

فإن قيل: فقد عقد الشريك صفة عتقه في حال هو فيها غير محجور عليه.

قيل: هو وإن كان غير محجور عليه في هذه الحال فقد علق عتقه بصفة يصير فيها محجوراً عليه في ثاني حال.

والفصل الخامس: قال المزني: ودليل آخر من قوله أنه جعل قيمته يوم تكلم بعتقه، فدل أنه في ذلك الوقت حر قبل دفع قيمته. قيل للمزني: لا يختلف مذهب الشافعي أن قيمة حصة الشريك معتبرة بوقت العتق على الأقاويل كلها، لكن لا يدل اعتبارها بالعتق على وجوبها وقت العتق، كالجناية على العبد إذا سرت إلى نفسه، اعتبرت قيمته بوقت الجناية وإن وجبت بموته، وكالضارب بطن الأمة، إذا ألقت جنيناً ميتاً اعتبرت دية جنينها بقيمتها وقت ضربها وإن وجبت بإلقائه ميتاً. وقد أطال المزني فأطلنا ولو اختصر كان أولى به وبنا وإن مضى في خلال الكلام أحكام مستفادة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَسَوَاءٌ كَانَ بَيْنَ مُسْلِمِيْن أَوْ كَافِرِيْن أَوْ مُسْلِمٍ وَكَافِرٍ (قال المزني) وَقَدْ قَطَعَ بِعِتْقِهِ قَبْلَ دَفْعِ قِيمَتِهِ وَدَلِيل آخَرُ مِنْ قَوْلِهِ أَنَّهُ جَعَلَ قِيمَتَهُ يَوْمَ تَكَلَّمَ بِعِتْقِهِ فَدَلَّ أَنَّهُ فِي ذَلِكَ الوَقْتِ حُرٌّ قَبْلَ دَفْعِ قِيمَتِهِ».

قال الماوردي: لا يخلو حال العبد بين الشريكين إذا أعتقه أحدهما من ثلاثة أقسام: أن يكون بين مسلمين يعتق أحدهما حصته فاعتباره بيساره وإعساره على ما قدمناه، وسواء كان العبد مسلماً أو كافراً.

والقسم الثاني: أن يكون بين كافرين، فللعبد حالتان:

إحداهما: أن يكون كافراً، فلا اعتراض عليهما في عتقه، ما لم يتحاكموا فيه إلينا، فإن تحاكموا فيه إلى حاكمنا ففي وجوب حكمه بينهما قولان:

أحدهما: لا يجب ويكون فيه مخيراً وهم فيه مخيرون.

والقول الثاني: يجب عليه الحكم، ويجب عليهم الالتزام، ويحكم بما يوجبه حكم الإسلام.

والحال الثانية: أن يكون العبد مسلماً. فعلى حاكمنا أن يحكم بينهما فيه، وعليهما التزام حكمه لتعلقه بحق المسلم، فينفذ عتق المعتق وينظر حاله.

فإن كان موسراً، وقيل يسري عتقه بلفظه، لم يعترض عليه في دفع القيمة، ما لم يطالب بها الشريك، وكان له جميع ولائه، ولا يمتنع ثبوت الولاء لكافر على مسلم، لأنه كالنسب الذي يستوي فيه المسلم والكافر.

وإن قيل: إنه لا يعتق حصة الشريك إلا بدفع القيمة أو إنه موقوف مراعى، فعلى الحاكم أن يأخذ المعتق بتعجيل القيمة ليتعجل بها عتق المسلم ولا يبقى عليه رق لكافر، فإن عجلها وإلا أخذها الحاكم من ماله جبراً، فإن قبلها الشريك وإلا أعتقها عليه حكماً.

والقسم الثالث: أن يكون أحدهما مسلماً والآخر كافراً، فللعبد حالتان:

إحداهما: أن يكون كافراً، فيستوي فيه حكم الشريكين، سواء كان المعتق مسلماً أو كافراً وسواء كان معسراً أو موسراً.

والحال الثانية: أن يكون العبد مسلماً فلا يخلو حال معتقه منهما أن يكون هو المسلم، أو الكافر.

فإن كان هو المسلم، عتقت حصته، وكان له ولاؤها فإن كان موسراً قوم عليه باقيه.

فإن قيل بنفوذ عتقه بسراية لفظه، وقفت القيمة على مطالبة الشريك بها.

وإن قيل إن عتقه لا يسري إلا بدفع القيمة، أخذ بتعجيلها لأن يتعجل عتقها، ولا يستديم الكافر ملك رقها. وإن كان معسراً لم يسر عتقه، وقيل للشريك الكافر لا يقر ملكك على استرقاق مسلم، وأنت بين خيارين: إما أن تعتقه، أو تبيعه على مسلم، فإن دبره لم يقر تدبيره لما فيه من استيفاء رقه مدة حياته، وإن كاتبه ففي إقراره على كتابته قولان، وإن كان المعتق هو الكافر نفذ عتقه في حصته، ونظر فإن كان معسراً لم يسر عتقه وأقر رق باقيه على ملك الشريك المسلم وإن كان موسراً.

فإن قيل بسراية عتقه بلفظه، عتقت عليه وكان فيها كالمسلم، لأنه يغرم قيمة متلف، يستوي فيه المسلم والكافر.

وإن قيل: إن عتقه لا يقع إلا بدفع القيمة، فقد اختلف أصحابنا في هذا التقويم، هل يجري مجرى البيع، أو مجرى قيمة مستهلك؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول المزني، وبعض المتأخرين، أنه تقويم مستهلك. فعلى هذا يقوم عليه كتقويمه على المسلم. ويؤخذ بتعجيل القيمة ليتعجل بها العتق.

والوجه الثاني: وهو قول شاذ من المتأخرين أنه يجري مجرى البيع، فعلى هذا يكون جواز تقويمه في حق الكافر على قولين من ابتياع الكافر لعبد مسلم:

أحدهما: يبطل البيع، ويبطل التقويم، ويكون ملك رقه باقياً على الشريك المسلم.

والقول الثاني: لا يبطل البيع، ولا يبطل التقويم، ويعتق في حق الكافر كما يعتق في حق المسلم، وهذا أظهرهما في التقويم. والأول أظهرهما في البيع، لإفضاء التقويم إلى العتق وإفضاء البيع إلى الملك.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ**: «وَإِذَا أَدَّى المُوسِرُ قِيمَتَهُ كَانَ لَهُ وَلَاؤُهُ».

قال الماوردي: إنما يريد بيسار المعتق أن يكون مالكاً لقدر قيمة الباقي من رقه، وليس عليه فيه حق لغيره فاضلة عن قوته وقوت عياله في يومه وليلته، وسواء صار بعد دفع القيمة فقيراً أو كان غنياً.

فإذا تحرر عتق باقيه بدفع القيمة على الأقاويل كلها، وكان له ولاء جميعه بعتق المباشرة وعتق السراية واستحقاق الولاء بهما على سواء، لقول النبي ﷺ «وَالْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» وهو معتق بالمباشرة والسراية، وسواء تماثل العتقان، أو تفاضلا، وأنه يسري عتق اليسير إلى الكثير كما يسري عتق الكثير إلى اليسير، واعتبار يساره وإعساره وقت العتق.

فلو كان موسراً وقت العتق معسراً وقت التقويم فإن قيل: إن العتق يسري باللفظ لم يؤثر فيه حدوث اعتباره، وكانت القيمة ديناً عليه يؤخذ بها إذا أيسر. وإن قيل: إنه لا يعتق إلا بدفع القيمة، فما لم يحاكمه الشريك فيها، كانت حصته على وقفها، وإن حاكمه فيها وطلب القيمة، أو فسخ الوقف ليتصرف في حصته، كشف عن حال المعتق، فإذا ثبت عنده إعساره، حكم بفسخ الوقف كما يحكم للزوجة بفسخ النكاح إذا أعسر الزوج وجاز للشريك أن يتصرف في حصته بما شاء من بيع أو غيره. ولو كان موسراً ببعض الحصة معسراً ببعضها، عتق عليه من الحصة قدر ما أيسر بقيمته، وكان فيما أعسر به منها في حكم المعسر.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً عتقَ نَصِيبُهُ وَكَانَ شَرِيكُهُ عَلَى مِلْكِهِ يَخْدُمُهُ يَوْماً وَيُتْرَكُ لِنَفْسِهِ يَوْماً فَمَا اكْتَسَبَ لِنَفْسِهِ فَهُوَ لَهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، والمعتبر بإعساره أن لا يملك قيمة الحصة الباقية لشريكه، ولا قيمة شيء منها وقت عتقه، فإن ملكها وعليه دين قد استحق فيها يصير باستحقاقها في الدين معسراً بها فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون الدين مؤجّلاً لا يستحق تعجيله فيجري عليه حكم اليسار في عتق الحصة عليه، لأن في يده ما هو مقر على ملكه.

والضرب الثاني: أن يكون الدين حالاً ففيه قولان من اختلاف قوليه في الدين هل يمنع من وجوب الزكاة في العين؟:

أحدهما: يجري عليه حكم اليسار، إذا قيل إن الدين لا يمنع من وجوب الزكاة في العين.

والقول الثاني: يجري عليه حكم الإعسار إذا قيل إن الدين يمنع من وجوب

الزكاة في العين، فإذا كان معسرا بها نفذ عتقه في ملكه، ولم يسر إلى حصة شريكه.

وقال أبو يوسف، ومحمد: يسري عتقه مع إعساره كما يسري مع يساره، وتكون القيمة ديناً عليه يؤخذ بها إذا أيسر كما يسري الطلاق في الزوجة إذا طلق بعضها في الأحوال كلها، لاستحالة أن يجتمع طلاق وإباحة، كذلك يستحيل أن يجتمع حرية ورق.

ودليلنا حديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «وإِنْ كَانَ مُعْسِراً فَقَدْ عَتَقَ فَأَعْتَقَ». ولأن المقصود بتكميل العتق رفع الضرر عن الشريك، بأن لا يختلف حكم الحرية والرق في عبده المشترك، وأن يصير العبد كامل التصرف، وسراية العتق مع إعسار المعتق أعظم ضرراً على الشريك من استبقاء رقه، فلم يجز أن يرفع أقل الضررين بأعظمهما، ووجب أن يرفع أعظمهما بأقلهما. والفرق بين العتق والطلاق من وجهين:

أحدهما: أنه لما لم يجز أن يحصل في الزوجة شرك بين زوجين، وجاز أن يقع في الرق شرك بين مالكين لم يجز أن يتبعض الطلاق وجاز أن يتبعض الرق.

والثاني: أن طلاق بعض الزوجة يمنع من الاستمتاع بباقيها، وعتق بعض العبد لا يمنع من استخدام باقيه، فإذا ثبت أن حصة الشريك باقية على رقها بإعسار المعتق، فقال المعتق: أنا أستدين واقترض قيمة حصة الشريك إن حدث له يسار بعد العتق، كان الشريك أملك بحصته ولم يؤخذ بإجابته.

فصل: فإذا تبعضت في العبد الحرية والرق بإعسار معتقه فقد قال الشافعي: «يخدم سيده يوماً ويترك لنفسه يوماً فما اكتسب فيه فهو له»، فأجرى عليه حكم المهايأة.

فاختلف أصحابنا فيها على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن المهايأة كانت متقدمة بين الشريكين، فلما أعتق أحدهما حصته أجرى العبد بعد العتق لبعضه عليها ولو لم يكن بين الشريكين فيها مهايأة لم يجز أن يستأنفها بعد العتق مع الشريك الباقي لنقصان تصرفه.

والوجه الثاني: يجوز أن يقيم على المهايأة المتقدمة، ويجوز أن يستأنفها مع الشريك الثاني، لأن تصرفه بالحرية كامل في حقه من الكسب.

والوجه الثالث: إن كان له كسب مألوف بصناعة معروفة يتماثل فيها كسب أيامه كلها جاز أن يستأنفها مع الشريك، وإن لم يكن له كسب مألوف، لم يجز أن يستأنفها معه وإن جاز ذلك للشريكين في الحالين، لأنهما قد يعدلان عند عدم الكسب إلى الاستخدام، وليس العبد كذلك في حق نفسه عند تعذر كسبه.

فإذا صحت المهايأة على ما ذكرناه من الوجوه الثلاثة فهي من العقود الجائزة دون اللازمة، ولكل واحد منهما فسخها متى شاء، وإذا كانا مقيمين عليها، يوماً للعبد، ويوماً للسيد، دخل فيها مألوف الكسب، ومألوف النفقة، فاختص العبد بما كسبه في يومه، ويحمل فيه ما لزمه من نفقته، واختص السيد في يومه بما كسب العبد، ويحمل فيه ما لزمه من نفقته.

فأما غير المألوف من الكسب، كالكنز واللقطة، وغير المألوف من النفقة، كزكاة الفطر، ففي دخولها في المهايأة وجهان:

أحدهما: وهو الظاهر من مذهب الشافعي، وقول أبي سعيد الإصطخري أنهما داخلان في المهايأة، كالمألوف منها، فإن كانا في يوم العبد اختص بالكنز، واللقطة، وتحمل زكاة الفطر وإن كانا في يوم السيد اختص بذلك دون العبد.

والوجه الثاني: وهو محكي عن أبي إسحاق المروزي، أنهما لا يدخلان في المهايأة لأنه قد يكون هذا في زمان أحدهما دون الآخر، فلا يتساويان فيه، ويكون حدوث ذلك في زمان أحدهما، موجباً لأن يكون بينهما وإن كان ما عداهما من المألوف جارياً على المهايأة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ مَاتَ وَلَهُ وَارِثٌ وَرِثَهُ بِقَدْرِ وَلَائِهِ فَإِنْ مَاتَ لَهُ مُوَرِّثٌ لَمْ يَرِثْ مِنْهُ شَيْئاً (قال المُزَنِيُّ) القِيَاسُ أَنْ يَرِثَ مِنْ حَيْثُ يُوَرَّثُ وَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ إِنَّ النَّاسَ يَرِثُونَ مِنْ حَيْثُ يُوَرَّثُونَ وَهَذَا وَذَاكَ فِي القِيَاسِ سَوَاءٌ».

قال الماوردي: وهذه المسألة فيمن عتق بعضه، ورق بعضه، هل يرث ويورث؟ وهما فصلان:

أحدهما: هل يرث إذا مات له موروث، أم لا؟. وفيه بين الصحابة رضي الله عنهم خلاف محكي عن ابن عباس أنه يرث كالحر ميراثاً كاملاً، وبه قال أبو يوسف، ومحمد، وحكي عن علي عليه السلام أنه يرث بقدر ما فيه من الحرية، ويحجب بقدر ما فيه من الرق، وبه قال المزني، وعثمان البتي، وذهب بقية الصحابة، وجمهور التابعين والفقهاء إلى أنه لا يرث إذا كان فيه جزء من الرق وإن قلّ، لأنه لما جرت عليه أحكام الرق فيما سوى الميراث، من نكاحه وطلاقه، وولايته، وشهادته، جرت عليه أحكام الرق في ميراثه، ولأن الرق مانع من الميراث، فإذا لم يزل الرق لم يزل مانع الميراث. قال المزني: «القياس أن يرث من حيث يورث».

قيل قد يورث من لا يرث، كالجنين يورث ولا يرث، والعمة تورث ولا ترث،

والجدة أم الأم، ترث ولا تورث، فلم يكن هذا قياساً مستمراً في غير المعتق بعضه، فلم يلزم في المعتق بعضه.

فإن قيل: فقد قال الشافعي: «الناس يرثون من حيث يورثون» قيل له: لم يقله الشافعي تعليلاً عاماً، فيجعله قياساً مستمراً، وإنما قاله رداً على من ألحق الولد بماء أبيه ولم يورث كل واحد منهم ميراث أب، وورث الولد من كل واحد منهم، ميراث ابن، فقال: الناس يرثون من حيث يورثون؛ لأنه كمل النسب، ولم يكمل الميراث فتوجه الرد به للشافعي، ولم يتوجه الرد به للمزني.

فصل: وإذا مات هذا الذي تبعضت فيه الحرية والرق هل يورث أم لا؟

قال الشافعي في القديم: لا يورث، وهو قول مالك، ويكون ماله لسيده، لأنه إذا لم يرث بحريته، لم يورث بها. وقال في الجديد: يكون موروثاً عنه لورثته دون سيد رقه، لأن السيد لا يملك ذلك عنه في حياته، فلم يملكه بعد موته.

وقال في موضع ثالث: يكون ماله بين ورثته، وسيد رقه بقدر حريته ورقه. فاختلف أصحابنا في هذه النصوص الثلاثة. فكان أبو إسحاق المروزي في طائفة يخرجون هذه النصوص الثلاثة على ثلاثة أقاويل:

أحدها: تكون لسيده دون ورثته.

والثاني: تكون لورثته دون سيده.

والثالث: تكون بينهما تورث عنه بقدر ما فيه من الحرية، ويكون للسيد بقدر ما فيه من الرق، تعليلاً بما ذكرناه.

وكان أبو علي بن أبي هريرة، وطائفة من بعض البصريين، يمتنعون من تخريج هذه النصوص على اختلاف الأقاويل، ويحملونها على اختلاف الأحوال، والذي نص عليه أنه يكون لسيده، فإذا كان قد مات في زمان سيده وقد استهلك ما كان قد ملكه بحريته يكون ماله لسيده دون ورثته، والذي نص عليه أنه يكون لورثته إذا كان قد مات في زمان نفسه، وقد أخذ السيد ما ملكه عند برقه، فيكون ماله لورثته دون سيده، ويكون بينهما إذا كان غير مهايأة، وفي يده مال بالحقين، كان بين الورثة والسيد ميراثاً بالحرية، وملكاً بالرق.

وقال أبو سعيد الإصطخري، يكون جميع ما يخلفه في الأحوال كلها بالحرية، والرق، منتقلاً إلى بيت المال، لا يملكه السيد، لأنه لا حق له في حريته، ولا يستحقه الورثة، لبقاء أحكام رقه، فكان بيت المال أولى الجهات باستحقاقه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ لَا تَكُونُ نَفْسٌ وَاحِدَةٌ بَعْضُهَا عَبْدَاً وبَعْضُهَا حُرًّا كَمَا لَا تَكُونُ امْرَأَةٌ بَعْضُهَا طَالِقَاً وَبَعْضُهَا غَيْرَ طَالِقٍ قِيلَ لَهُ أَتَتَزَوَّجُ بَعْضَ امْرَأَةٍ كَمَا تَشْتَرِي بَعْضَ عَبْدٍ أَوْ تُكَاتِبُ المَرْأَةَ كَمَا تُكَاتِبُ العَبْدَ أَوْ يَهَبُ امْرَأَتَهُ كَمَا يَهَبُ عَبْدَهُ فَيَكُونَ المَوْهُوبُ لَهُ مَكَانَهُ؟ قَالَ: لا، قِيلَ: فَمَا أَعْلَمُ شَيْئَاً أَبْعَدَ مِنَ العَبْدِ مِمَّا قِسْتَهُ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: قصد الشافعي بهذا أبا حنيفة، وابن أبي ليلى في وجوب السعاية، حين منعا أن تكون نفس واحدة بعضها حر وبعضها مملوك، لأن من منع من اجتماع الحرية والرق، أوجب السعاية ومن جوَّز اجتماعهما لم يوجبها؛ والشافعي ومالك لا يمنعان من اجتماعهما؛ فلذلك لم يوجبا السعاية وأبو حنيفة وابن أبي ليلى منعا من اجتماعهما؛ فلذلك أوجبا السعاية وكان من دليلهم على المنع من اجتماعهما شيئان: أورد الشافعي أحدهما وانفصل عنه، وأعرض عن الآخر، لأنه أضعف منه.

فأما الذي أورده الشافعي إن قالوا: لا يجوز أن تكون نفس واحدة بعضها حر، وبعضها رق، لتنافي أحكام الحرية والرق، كما لا يجوز أن تكون امرأة واحدة بعضها طالق، وبعضها غير طالق، لتنافي أحكام الزوجية والطلاق. فانفصل الشافعي عنه بالفرق المانع من الجمع بين الزوجة، والعبد من وجهين:

أحدهما: أن الاشتراك في العبد بأن يملكه جماعة يجوز لأن الرق يجوز أن يتبعض، والاشتراك في الزوجة بأن يتزوجها جماعة، لا يجوز لأن النكاح لا يجوز أن يتبعض، فلذلك جاز أن يكون العبد بعضه حر وبعضه مملوك، لأن رقه يتبعض في مالكيته فيتبعض في أحكامه، ولم يجز أن تكون الزوجة الواحدة بعضها طالق، وبعضها غير طالق، لأن نكاحها لا يتبعض في الأزواج، فلم يجز أن يتبعض في أحكامه.

والفرق الثاني: أن العبد مملوك يجوز أن يباع ويورث ويوهب، لأن المقصود منه الملك، والملك يجوز أن يتبعض والزوجة غير مملوكة، لا يجوز أن تباع ولا توهب ولا تورث لأن المقصود منها الاستمتاع، والاستمتاع لا يجوز أن يتبعض.

وأما الثاني: من استدلالهم الذي أعرض عنه الشافعي، أن قالوا: الإيمان أصل للحرية، والكفر أصل للرق، فلمّا لم يجز أن يجتمع الإيمان والكفر في النفس الواحدة، لم يجز أن تجتمع الحرية والرق في النفس الواحدة. وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أنه ليس الكفر موجباً للرق، لأنه قد يكون الكافر حراً، ولا الإيمان موجباً للحرية، لأنه قد يكون المؤمن مسترقاً، وإنما كانا سبباً لهما يزولان مع بقائهما.

والثاني: أنه لما جاز أن يطرأ الإيمان على رق ثابت، ولم يجز أن يطرأ الإيمان

على كفر ثابت لم يجز أن يجتمع الإيمان والكفر، وجاز أن يجتمع الحرية والرق. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَعْتَقَ شَرِيكَانِ لأَحَدِهِمَا النِّصْفُ وَلِلآخَرِ السُّدُسُ معاً أَوْ وَكَّلاَ رَجُلاً فَأَعْتَقَ عَنْهُمَا مَعاً كَانَ عَلَيْهِمَا قِيمَةُ البَاقِي لِشَرِيكَيْهِمَا سَوَاءٌ لاَ أَنْظُرُ إِلَى كَثِيرِ المِلْكِ وَلاَ قَلِيلِهِ (قال المزني) هَذَا يَقْضِي لأَحَدِ قَوْلَيْهِ فِي الشُّفْعَةِ أَنَّ مَنْ لَهُ كَثِيرُ مِلْكٍ وَقَلِيله فِي الشُّفْعَة سَوَاءٌ».

قال الماوردي: وصورتها: في عبد مشترك بين ثلاثة لأحدهم نصفه وللآخر ثلثه وللآخر سدسه، وأعتق صاحبا النصف والسدس حقهما معاً واجتماعهما عليه يكون من أحد ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يجتمعا على اجتماع اللفظين حتى لا يتقدم أحدهما على الآخر بحرف، ولا مد ولا تشديد.

والثاني: أن يعلقا عتقه بصفة واحدة، كقول كل واحد منهما: إن دخل هذا العبد الدار، أو طار هذا الغراب فنصيبي منه حر، فإذا دخل الدار، أو طار الغراب عتق نصيبهما معاً.

والثالث: أن يوكلا في عتقه وكيلاً، فيعتقه عنهما بلفظ واحد، فإذا اجتمع عتقهما من أحد هذه الوجوه الثلاثة، وكانا موسرين، قومت حصة الثالث، وهي الثلث، عليهما بالسوية نصفين. وكان ولاؤه بين المعتقين فيصير لصاحب النصف ثلثا ولائه، ولصاحب السدس ثلث ولائه، ولا يعتبر فيهما قدر الملكين ويسوي بين من قلّ سهمه، وكثر.

وقال مالك: يقوم عليهما بقدر الملكين، ويفضل بينهما لتفاضلهما في المالين، لأن التقويم مستحق بسراية عتقهما، وسراية كثير العتق أكثر من سراية قليله. ودليلنا رواية ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِرَكاً لَهُ فِي عَبْدٍ وَكَانَ لَهُ مَالٌ قُوِّمَ عَلَيْهِ» فاستوى فيه الواحد، والجماعة، لإطلاق أمره، ولأنهما قد اشتركا في إدخال الضرر على شريكهما بقليل الملك وكثيره، لأن قليله مدخل للضرر عليه مثل كثيره، فوجب أن يستويا في التقويم الموجب لرفع ضررهما، ولأن عتقهما يجري مجرى الجناية منهما، وهما لو اشتركا في جناية تفاضلا في عدد جراحها فجرحه أحدهما جراحة، وجرحه الآخر مائة جراحة كانت الدية بينهما على أعدادهما، ولا تتقسط على أعداد جراحهما، كذلك العتق يجب أن يكون معتبراً، بأعداد المعتقين، ولا يتقسط على أملاك المعتقين، وسراية العتق كسراية الجناية، فلم يسلم لمالك استدلاله.

فأما المزني فإنه قال: «إذا استويا في التقويم مع تفاضلهما في الملك وجب أن يكونا في الشفعة، كذلك إذا تفاضلا في الملك أن يستويا في الأخذ».

قيل في الشفعة قولان:

أحدهما: أن الأمر فيها على هذا، وأن يشترك صاحب النصف والسدس فيها بالسوية كالعتق.

والقول الثاني: أنهما يتفاضلان فيها بقدر المالين، وإن تساويا في العتق.

والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الشفعة مستحقة بالملك، فتقسطت عليه، والتقويم مستحق بالعتق، فاستويا فيه.

والثاني: أن استحقاق الشفعة لإزالة الضرر بالتزام مؤونة القسم وغيره، والمؤونة معتبرة بالملك، فتقسطت الشفعة على الملك، والتقويم مستحق بدخول الضرر بالعتق، الجاري مجرى الجناية، فتقسطت على المعتقين، دون الملك؛ ولو كانت المسألة بحالها، وكان صاحب النصف موسراً، ومعتق السدس معسراً، قومت الحصة كلها على معتق النصف، ولو كان معتق السدس موسراً ومعتق النصف معسراً، قومت الحصة كلها على معتق السدس، ولو كانا معسرين، لم تقوَّم على واحد منهما، وكانت الحصة على رقها لمالكها، فلو ادعى عليها اليسار فأنكراه حلفا له، ولا تقويم عليهما، وفي عتق الحصة على مالكها بهذه الدعوى قولان: يعتق عليه في أحدهما، إذا قيل إن العتق في حصته يقع بالسراية، ولا يعتق عليه في الثاني إذا قيل إنها لا تعتق، إلا بدفع القيمة.

ولو ادعى أحد المعتقين على الآخر اليسار، فإن كان المدعي معسراً، لم تسمع دعواه، لأنها غير مؤثرة في حقه وتسمع من مالك الحصة، لتأثيرها في حقه، ولو كان موسراً سمعت دعواه، لأنه يصير بيساره مشاركاً له في تحمل القيمة، ولا يسمع من مالك الحصة هذه الدعوى، لأنها غير مؤثرة في حقه. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي قِيمَةِ العَبْدِ فَفِيهَا قَوْلَانِ أَحَدُهُمَا أَنَّ القَوْلَ قَوْلُ المُعْتِقِ وَالثَّانِي أَنَّ القَوْلَ قَوْلُ رَبِّ النَّصِيبِ لَا يَخْرُجُ مِلْكُهُ مِنْهُ إِلَّا بِمَا يَرْضَى (قال المزني) قَدْ قَطَعَ الشَّافِعِيُّ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ بِأَنَّ القَوْلَ قَوْلُ الغَارِمِ وَهَذَا أَوْلَى بِقَوْلِهِ وَأَقْيَسُ عَلَى أَصْلِهِ عَلَى مَا شَرَحْتُ مِنْ أَحَدِ قَوْلَيْهِ لأَنَّهُ يَقُولُ فِي قِيمَةِ مَا أُتْلِفَ أَنَّ القَوْلَ قَوْلُ الغَارِمِ وَلأَنَّ السَّيِّدُ مُدَّعٍ للزِّيَادَةِ الْبَيِّنَةُ وَالغَارِمُ مُنْكِرٌ فَعَلَيْهِ اليَمِينُ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن قيمة حصة الشريك معتبرة بوقت العتق على الأقاويل كلها، ولا اعتبار بما حدث بعده من نقصان، لأن عتقه متردد بين أن يكون إتلافاً، أو سبباً، للإتلاف وكل واحد منهما موجب لاعتبار القيمة عند حدوثه، كالجناية على العبد إذا كانت قتلاً، أو سبباً أفضى إلى القتل، وتعتبر قيمته قتل عتق بعضه، لأن عتق البعض موكس لقيمته، وهذا الوكس بعتقه الجاري مجرى جنايته، فأما ما حدث بعد العتق من زيادة في قيمة الحصة فمحمول على الأقاويل الثلاثة في نفوذ عتقها فإن قيل إنها عتقت بلفظ المعتق، لم يضمنها المعتق، وكذلك إن قيل بالثاني إن عتقها موقوف مراعى لم يضمنها، لأن دفع القيمة يدل على تقدم عتقها، وإن قيل: إنها تعتق بدفع القيمة ومعها ففي ضمان المعتق لما حدث من زيادة القيمة، بعد عتقه وقبل دفعها، وجهان:

أحدهما: لا يضمنها، لأن سبب الإتلاف في اعتبار القيمة كالإتلاف.

والوجه الثاني: يضمن الزيادة دون النقصان، كالغاصب في ضمانه لأكثر القيمة، لأن الزيادة حادثة على ملك الشريك فلم يجز أن يستهلك عليه بغير عوض.

فصل: فإذا تقرر ما وصفناه في اعتبار القيمة، فاختلفا فيها فقال: المعتق مائة، وقال الشريك مائتان. فإن كان العبد باقياً لم تتغير قيمته بتطاول الزمان، فلا اعتبار باختلافهما ويُقَوّمها ثقتان من أهل الخبرة، فإذا قوماها لم يخل حال ما ذكرناه من القيمة من خمسة أقسام:

أحدها: أن يوافق ما أقر به المعتق، وهو المائة فلا يلزمه غيرها، ولا يمين عليه فيها.

والثاني: أن يوافق ما ادعاه الشريك وهو المائتان فيستحقها ولا يمين عليه فيها.

والثالث: أن يكون وسطاً بينهما، غير موافقة لواحد منهما، وذلك بأن تقوّم مائة وخمسين، فيحكم بها عليهما ولا يستحق الشريك أكثر منهما، ولا نقتنع من المعتق بأقلّ منهما.

والرابع: أن تكون زائدة على أكثرهما، وذلك بأن تقوّم بمائتين وخمسين، فلا يحكم للشريك إلا بمائتين، لأنه بالاقتصار عليها مبرّأً من الزيادة عليها.

والخامس: أن تكون ناقصة عن أقلهما وذلك بأن تقوم بخمسين، فلا نقتنع من المعتق بأقلّ من مائة، لأنه قد أقر بها، وإن تعذر تقويمه في زمان العتق، إما لموته، أو غيبته، وإما لتغير أحواله بالكبر بعد الصغر، أو بالمرض بعد الصحة، أو بالزمانة بعد السلامة، ففي اختلافها في القيمة قولان:

أحدهما: أن القول فيها قول المعتق مع يمينه، إذا قيل أن عتقه قد يسري إلى حصة الشريك بلفظه، لأنه يصير غارماً. والقول في الغرم قول الغارم.

والقول الثاني: أن القول فيها قول الشريك مع يمينه، إذا قيل ببقاء ملكه، إلى أن يأخذ قيمة حصته، لأن له عليها يداً لا تنتزع مع عدم البينة، إلا بقوله كالثمن في الشفعة، إذا اختلف فيه الشفيع والمشتري كان القول فيه قول المشتري.

وقال الربيع في كتاب «الأم»، وفيه قول آخر أنهما يتحالفان كما يتحالف المتبايعان إذا اختلفا وهو من تخريجه وليس بقول للشافعي، لأن تحالف المتبايعين موجب لارتفاع العقد فأفاد وتحالف هذين غير موجب لرفع العتق، فلم يفد وهما بعد التحالف عليها باقيان على الاختلاف فيها.

وأما المزني فإنه أعاد نصرة اختياره، وفي بعض ما مضى من كلامه وجوابه مقنع. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ هُوَ خَبَّازٌ وَقَالَ الغَارِمُ لَيْسَ كَذَلِكَ فَالقَوْلُ قَوْلُ الغَارِمِ».

قال الماوردي: وصورتها: أن يجب على المعتق قيمة حصة شريكه فيدعي الشريك أن العبد كان صانعاً خبازاً، أو نجاراً، أو كاتباً فله القيمة الزائدة بصنعته، ويقول المعتق هو غير صانع فلك القيمة من غير زيادة بصنعته، فللعبد حالتان: حي وميت.

فإن كان ميتاً فقد قال الشافعي: القول قول المعتق الغارم فاختلف أصحابنا فيه على طريقين.

إحداهما: أنه على قولين، لأنه اختلاف في قدر القيمة، فكان على القولين الماضيين، وإنما نص الشافعي على أحدهما.

والطريقة الثانية: أن القول فيه قول المعتق الغارم قولاً واحداً لأن الشريك يدعي حدوث صنعة ليست في الخلقة، والأصل أن ليست فيه هذه الصنعة، فكان القول فيه قول منكرها دون مدعيها، وإن كان العبد حياً يمكن اختبار حاله اختبرت فيه تلك الصنعة فإن كان لا يحسنها ردت دعوى الشريك، فيها ولا يمين له على المعتق، ولا تلزمه إلا قيمته غير صانع، فإن قال الشريك قد كان يحسن الصنعة، وقت العتق لكنه نسيها بعلة، فإن كان زمان العتق قريباً، . لا تنسى الصنعة في مثله لم نسمع منه هذه الدعوى، وإن تطاول وجاز أن تنسى تلك الصنعة في مثله سمعت منه وأحلف عليها المعتق، ولم يلزمه إلا قيمته غير صانع.

ولو قال الشريك هو يحسن هذه الصنعة، ولكنه قد كتمها، وامتنع من إظهارها. فقوله محتمل، وهو منسوب إلى العبد دون المعتق، لكن لا يجوز أن يدعيه على العبد، لأنه لا يجب به عليه حق، ولا يدعيه على المعتق، لأنه منسوب إلى غيره إلا أن يدعي عليه علمه بكتمانه فتتوجه الدعوى إليه، ويحلف على النفي أنه كتم ما يحسن، ولو اختبر العبد فكان يحسن الصنعة نظر، فإن قصر زمان ما بين العتق والتقويم عن تعلم تلك الصنعة، ثبت تقدمها، ولم يحلف الشريك عليها، واستحق قيمته صانعاً، وإن تطاول واتسع لتعلم تلك الصنعة، صار تقدمها داخلاً في الجواز فصار كادعائها في ميت، فيكون على ما قدمناه في الميت من اختلاف أصحابنا على الطريقين:

أحدهما: أنه على قولين.

والطريق الثاني: أن القول فيه قول المعتق مع يمينه بالله. أنه كان وقت العتق غير صانع، ولم يحلف أنه غير صانع كما يحلف في الميت والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ هُوَ سَارِقٌ أَوْ آبِقٌ وَقَالَ الَّذِي لَهُ الغُرْمُ لَيْسَ كَذَلِكَ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ وَهُوَ عَلَى البَرَاءَةِ مِنَ العَيْبِ حَتَّى يَعْلَم (قال المزني) قَدْ قَالَ فِي الغَاصِبِ إِنَّ القَوْلَ قَوْلُهُ أَنَّ بِهِ دَاءً أَوْ غَائِلَةً وَالْقِيَاسُ عَلَى قَوْلِهِ فِي الحُرِّ يَجْنِي عَلَى يَدِهِ فَيَقُولُ الجَانِي، هِيَ شَلاَّءُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْغَارِمِ».

قال الماوردي: قد مضى اختلافهما في الصنعة الزائدة، وهذه المسألة في اختلافها في عيب ينقص من القيمة فيدعي المعتق أنه كان سارقاً، أو آبقاً، فعليه قيمة عبد سارق، أو آبق ويقول الشريك كان سالماً ليس بسارق، ولا آبق.

قال الشافعي: القول فيه قول الشريك المالك مع يمينه أنه غير سارق، ولا آبق وله قيمة عبد سليم، فاختلف أصحابنا فيه على طريقين:

أحدهما: أنه على قولين.

والطريق الثاني: أن القول فيه قول المالك، وإن كان في الزيادة القول فيها قول الغارم فيختلف حكم الزيادة، والنقصان، فيكون في الزيادة بالصنعة القول قول منكرها، وهو الغارم، لأن الأصل عدم الزيادة ويكون في النقصان بالعيب القول قول منكرها، وهو المالك لأن الأصل السلامة من العيب فأما الغاصب إذا اختلف مع المالك في قيمة العبد المغصوب فادعى الغاصب أنه به داء، أو غائلة فقد حكى المزني عن الشافعي أن القول فيه قول الغاصب، دون المالك وجعل في ضمان العتق القول فيه

قول المالك دون المعتق وضمان الغاصب والمعتق سيان فاختلف أصحابنا في اختلاف هذين الجوابين مع تساوي الضمانين على وجهين:

أحدهما: أن دعوى الغاصب كانت في نقص يعود إلى أصل الخلقة من شلل، أو خرس يجوز أن يكون خلقة فيه، وطارئاً عليه، فكان القول فيه قول الغاصب الغارم، دون المالك، لأن المالك قد يقدر على إقامة البينة، أنه لم يكن به شلل ولا خرس، ولو كان مثل ذلك في دعوى المعتق لكان القول فيه قوله دون المالك كالغاصب.

والذي قاله في دعوى المعتق أن القول فيه قول المالك كان في ادعاء نقص طارىء، ليس من أصل الخلقة، كالإباق والسرقة، لأنه لم يخلق سارقاً ولا آبقاً فالقول فيه قول المالك دون المعتق، لأنه لا يقدر على إقامة البينة، أنه ليس بسارق ولا آبق، ولو كانت مثل هذه الدعوى من جهة الغاصب، كان القول فيها قول المالك كالمعتق.

والوجه الثاني: أن القول في الغصب قول الغاصب في النقض والقول في العتق قول المالك في النقصين والفرق بين الغصب، والعتق: أن الغصب استهلاك محصن لا يملك بغرمه شيئاً، فجعل القول فيه قول المستهلك والعتق معاوضة يملك المعتق به الولاء، فجعل القول فيه قول المتعوض فأما ما ذكره المزني في الجناية على الأعضاء، فإن كانت على أعضاء ظاهرة يمكن المجني أن يقيم البينة على سلامتها، فالقول في نقصها قول الجاني.

وإن كانت على أعضاء باطنة، يتعذر إقامة البينة على سلامتها، ففي نقصها إذا ادعاه الجاني قولان ذكرناهما في الجنايات. والله أعلم[1].

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فِي مَرَضِهِ الَّذِي مَاتَ فِيهِ عِتْقاً بَتَاتاً ثُمَّ مَاتَ كَانَ فِي ثُلُثِهِ كَالصَّحِيحِ فِي كُلِّ مَالِهِ».

قال الماوردي: وأصل هذا أن العتق في المرض المخوف الذي يتعقبه الموت معتبر في ثلث المعتق، فإن احتمله الثلث تحرر العتق، ونفذ، وإن عجز عن الثلث رد، وعاد المعتق رقيقاً، وهو قول جمهور الأئمة وحكي عن مسروق أنه من رأس المال وأصل التركة لصدقات الزوجات، وما يصرفه في النفقات والشهوات وهذا خطأ خالف به من سواه.

---

(١) في أ كمل المجلد الثاني والعشرون، والحمد لله على معونته، وهدايته، يتلوه في المجلد بعده مسألة: قال الشافعي: ولو أعتق شركاً له في مرضه الذي مات فيه عتقاً بتاتاً، ثم مات كان في ثلثه.

والنص الوارد فيه برواية عمران بن الحصين أن رجلاً أعتق ستة أَعْبُدَ له عند موته، وليس له مال غيرهم، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فدعاهم، وجزأهم ثلاثة أجزاء، فأعتق اثنين وأرق أربعة، وهذا نص يدفع كل خلاف.

فإذا أعتق المريض شِرْكاً له في عبد كان عتقه معتبراً من ثلث ماله، كما يكون عتق الصحيح من كل ماله، ويسري عتقه إلى حصة شريكه إذا احتملها الثلث، كما يسري عتق الصحيح إذا احتمله كل ماله. وإذا كان كذلك لم يخل حال الثلث من خمسة أقسام:

أحدها: أن يتسع الثلث لعتق المباشرة، وعتق السراية، فينفذ العتق في جميعه بالمباشرة ثم بالسراية، ويؤخذ من ثلثه قيمة حصة الشريك، ويكون له جميع ولائه.

والقسم الثاني: أن يعجز الثلث عن عتق المباشرة، وعتق السراية لاستحقاق تركته في دينه، ويرد عتقه في جميعه بالمباشرة، وبالسراية، ويعود إلى الرق، ويُبَاعُ في الدَّيْنِ.

والقسم الثالث: أن يتسع الثلث لأحد المعتقين، ويعجز عن الآخر، فيجعل الثلث مصروفاً في عتق المباشرة دون عتق السراية، لأن عتق المباشرة أصل وعتق السراية فرع كعتق المعسر.

والقسم الرابع: أن يتسع الثلث لأحدهما، وبعض الآخر، فيكمل عتق المباشرة، ويجعل النقص في عتق السراية كعتق من أيسر ببعض حصة شريكه.

والقسم الخامس: أن يتسع الثلث لبعض أحدهما، ويعجز عن الباقي، فيجعل البعض نافذاً في عتق المباشرة، ويرد الباقي في عتق المباشرة، ويبطل عتق السراية، فلو قال الورثة: نحن نمضي عتق المباشرة، ونغرم عتق السراية كان لهم تكميل العتق في المباشرة، ولم يكن لهم تجاوزه إلى عتق السراية؛ لأن المعتق معسر به، وهو لو أراد ذلك في جناية منع، فكان ورثته بالمنع أحق.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَوْصَى بِعِتْقِ نَصِيبٍ مِنْ عَبْدٍ بِعَيْنِهِ لَمْ يُعْتَقْ بَعْدَ الْمَوْتِ مِنْهُ إِلَّا مَا أَوْصَى بِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح: إذا وصى بعتق شِرْك له في عبد أن يُعتق عنه بعد موته، كان عتق حصته معتبراً في ثلثه، ومستحق تحريرها على ورثته، ولا يعتق عليه بالموت حتى يعتقها الورثة عنه، ولو قال: إذا مت، فنصيبي منه حر عتق عليه بالموت، ولم يعتبر فيه عتق الورثة له لأنه جعل الموت في هذا صفة للعتق، وجعل

الموت في ذلك وصية بالمعتق، ثم يستويان في اعتبارهما من الثلث، فإذا احتمل الثلث قيمة نصيبه عتق عليه، ولا يسري العتق بعد الموت إلى حصة شريكه، وإن كان الثلث متسعاً لقيمتها، لأن ملكه قد زال عنه بالموت إلا قَدْرَ ما استثناه في وصيته، فلو وصى بعتق نصيبه بعد موته، وبعتق نصيب شريكه قال أبو حامد الإسفراييني تصح وصيته بعتقها إذا احتملها الثلث؛ لأنه بالوصية مستثنى لهما من ماله، فصار موسراً بهما كالحر، فصار عتق نصيبه مباشرة، وعتق نصيب الشريك سراية، وهذا عندي ليس بصحيح، بل تصح الوصية بعتق نصيبه، ولا تسري إلى نصيب شريكيه لأمرين:

أحدهما: أنه موصي بعتق ملك غيره، فلم يلزم غيره.

والثاني: أن عتق السراية ما سرى بغير اختيار ولا وصية، وهذا موجود في عتق الحي، ومعدوم في عتق الميت، ولكن لو كان الموصي يملك جميع العبد، فوصى بعتق بعضه بعد موته، ففيه وجهان من اختلاف أصحابنا في الحي إذا أعتق بعض عبده، هل ينفذ العتق في جميعه مباشرة أو سراية؟

فأحدالوجهين: أنه يعتق عليه جميع العبد مباشرة، فإذا أوصى بعتق بعضه عتق عليه جميعه.

والوجه الثاني: يعتق باقيه على الحي بالسراية، فإذا أوصى بعتق بعضه عتق ذلك البعض، ولم يسر إلى جميعه، وإذا عجز الثلث عن عتق ما أوصى به رد العتق إلى ما اتسع له الثلث إلا أن يمضيه الورثة فيما زاد على الثلث، فيمضي عتقه وبالله التوفيق.

بَابٌ فِي عِتْقِ العَبِيْدِ لَا يَخْرُجُونَ مِنَ الثُّلثِ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَعْتَقَ رَجُلٌ سِتَّة مَمْلُوكِيْنَ لَهُ عِنْدَ المَوْتِ لاَ مَالَ لَهُ غَيْرَهُمْ جُزِّئُوا ثَلاَثَةَ أَجْزَاء وَأُقْرِعَ بَيْنَهُمْ كَمَا أَقْرَعَ النَّبِيُّ ﷺ فِي مِثْلِهِمْ وَأُعْتقَ اثْنَيْنِ ثُلُثَ المَيِّتِ وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً لِلْوَارِثِ وَهَكَذَا كُلُّ مَا لَمْ يَحْتَمِلِ الثُّلُث أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ وَلاَ سِعَايَةَ لأَنَّ فِي إِقْرَاعِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُمْ وَفِي قَوْلِهِ إِنْ كَانَ مُعْسِراً فَقَدْ عُتِقَ مِنْهُ مَا عُتِقَ إِبْطَالاً لِلسِّعَايَةِ مِنْ حَدِيْثَيْنِ ثَابِتَيْنِ. وَحَدِيْثُ سَعِيْدِ بْنِ أَبِي عَرُوبَةَ فِي السِّعَايَةِ ضَعِيْفٌ وَخَالَفَهُ شُعْبَةُ وَهِشَامٌ جَمِيْعاً وَلَمْ يَذْكُرُوا فِيْهِ اسْتِسْعَاءً وَهُمَا أَحْفَظُ مِنْهُ».

قال الماوردي: إذا أعتق في مرض موته عبيداً لا يملك غيرهم، ولم يمض الورثة عتقهم جزِّئـوا ثلاثة أجزاء بالعدد إن تماثلوا، أو بالقيمة إن تفاضلوا على ما سنصفه من بعد، وأقرع بينهم لتتميز الحرية بها، ويتميز الرق بها في ثلثهم، وسواء كانوا ستة أو أكثر أو أقل وإنما ذكر الشافعي الستة إتباعاً للخبر، فإذا جزأهم، وهم ستة جعل كل اثنين جزءاً، وأقرع بينهم، فأعتق اثنين، جمعهما جزء خرجت عليه قرعة الحرية، وأرق أربعة جمعهم جزءان خرجت عليهم قرعة الرق.

وقال أبو حنيفة: لا تجزئة، ولا قرعة، ويعتق من كل واحد منهم ثلاثة، ويستسعيا في قيمة باقية، لتتكامل حريته بالعتق والسعاية، فخالفنا في ثلاثة أحكام:

أحدها: التجزئة لتتكامل بها حرية بعضهم، ورق بعضهم، فنحن نجزئهم، وهو لا يجزئهم.

والثاني: تمييز الحرية من الرق بالقرعة نحن نقرع لتمييزهما، وهو لا يقرع.

والثالث: وجوب السعاية ليمنع بها من حرية بعض العبد، واسترقاق بعضه، ونحن لا نوجبها، ويجوز حرية بعضه، واسترقاق بعضه.

وأما السعاية، وتبعيض الحرية، والرق، فقد تقدم الكلام فيها.

وأما التجزئة والقرعة، فالكلام في هذا الموضع مختص بهما: فأما التجزئة

لتتكامل بها الحرية في جزء، ويتكامل بها الرق في جزأين، فمنع منه أبو حنيفة استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أن العتق في المرض كالوصية لاعتبارهما في الثلث، وقد ثبت الإجماع أنه لو أوصى بستة أعبد لا مال له غيرهم أمضيت الوصية في ثلث كل واحد منهم، ولا يكمل في اثنين منهم وجب أن يكون عتقهم بمثابته في حرية الثلث من كل واحد منهم، ولا يكمل في اثنين منهم.

والجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن المقصود بالوصية التمليك، وهو موجود في الاشتراك، فلم يلزم تكميله بالقرعة، والمقصود بالرق إزالة أحكام الرق، وهو غير موجود في الاشتراك، فلم يلزمه تكميله بالقرعة.

والثاني: أن الموصي لم يقدر على إجازة حقه بالقسمة، فاستغنى عن تكميله بالوصية، والمعتق لا يقدر على ذلك، فافتقر إلى تكميله بالقرعة.

والاستدلال الثاني: أن قالوا: إن حكم المريض في ثلث ماله كحكم الصحيح في كل ماله، ثم ثبت أن الصحيح لو ملك الثلث من ستة أعبد، فأعتقهم لم يكمل عتقه في اثنين منهم، وعتق من كل واحد منهم ثلثه وهو قدر ما يملكه، فوجب مثله في المريض إذا ملكهم، وأعتقهم، وحقه في الثلث منهم أن يعتق من كل واحد منهم ثلثه ولا يكمل عتقه في اثنين منهم. والجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن مالك الثلث يكون مكملاً لهم من ملك غيره فمنع والمريض يكمل للثلث في ملك نفسه، فلم يمنع.

والثاني: أن مالك الثلث لو عين عتقه في اثنين منهم لم يجز، والمريض لو عين عتقه في اثنين منهم جاز فافترقا.

فصل: وأما القرعة التي تتميز بها الحرية من الرق، فمنع منها أبو حنيفة استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أن القرعة رجم بالغيب تنقل الحرية إلى الرق، والرق إلى الحرية، فجرت مجرى الأزلام التي منع منها الشرع بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [المائدة: ٩٠] والجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن القرعة إنما دخلت لتمييز عتق مطلق غير معين فلم تنقل الحرية إلى

رق، ولا رقاً إلى حرية، ألا ترى لو عين العتق في اثنين منهم لم ينقل بالقرعة إلى غيرهم.

وإنما يقرع إذا أطلق العتق في الستة، واستحق في اثنين منهم دخلت لتمييز ما يعتق، ويرق.

والثاني: أن القرعة خارجة عن حكم الأزلام التي هي رجم بالغيب؛ لأنهم كانوا يعتقدون في الأزلام أنها هي الآمرة، وهي الناهية، وكانوا يكتبون على أحدهما: أمرني ربي، وعلى الآخر: نهاني ربي، وآخر يجعلونه عقلاً، ويجرونها مجاري النجوم التي يعتقد المنجم أنها هي الفاعلة، فنهى الله تعالى عنها، ولم يرد الشرع بإباحة شيء منها.

والقرعة مميزة لحكم وجب بالشرع، لأنها قد عمل بها الرسول ﷺ في الشرع، ووافق عليها في كثير من الأحكام، فلم يجز أن تجعل القرعة التي ورد الشرع بها مجرى الأزلام التي نهى الشرع عنها.

والاستدلال الثاني: أن قالوا لو كانت القرعة دليلاً لم تتناقض، لأن أدلة الله لا تتناقض، واستعمال القرعة مُوْجِبٌ للتناقض، لأنها لو أعيدت ثانية لخرجت بغير ما خرج به الأول، فلم يجز أن تستعمل. والجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أنه لما لم يمنع هذا المعنى من دخول القرعة في قسمة الأملاك لم يمنع منها في العتق.

والثاني: أنه لا تناقض فيها، لأنها لا تستعمل إلا مرة، فكانت دليلاً في الأول، ولم تكن دليلاً في الثاني فلم يدخلها إذا كانت دليلاً تناقض وإن دخلها إذا لم تكن دليلاً تناقض.

فصل: والدليل على صحة ما ذهبنا إليه في الأمرين من التجزئة والقرعة من وجهين: نص واستدلال.

فأما النص: فوارد من طريقين اثنين:

أحدهما: عن عمران بن الحصين رواه الشافعي عن عبد الوهاب بن عبد الحميد عن أبي قلابة عن أبي المهلَّب عن عمران بن الحصين: أن رجلاً من الأنصار أعتق عند موته ستة مملوكين ليس له مال غيرهم، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ، «فَقَالَ قَوْلاً شَدِيداً ثم دَعَاهُمْ، فَجَزَّأَهُمْ ثلاثَةَ أَجْزَاءٍ، فَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ، وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً».

والطريق الثانية: عن أبي سعيد الخدري رواه حماد بن سلمة عن علي بن زيد عن سعيد بن المسيب عن أبي سعيد الخدري: أن رجلاً أعتق ستة مملوكين عند موته، فرفع ذلك إلى رسول الله ﷺ: «فَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ، وَرَدَّ أَرْبَعَةً إِلَى الرِّقِّ».

فدل هذا الحديث على ثلاثة أحكام خالف فيها أبو حنيفة:

أحدها: أنه جزأهم ثلاثة أجزاء، لتتكامل الحرية والرق، وأبو حنيفة لا يجزئهم.

والثاني: أنه أقرع بينهم لتمييز الحرية من الرق، وأبو حنيفة لا يقرع بينهم.

والثالث: أنه كمل الحرية في اثنين، والرق في أربعة، وأبو حنيفة يعتق من كل واحد ثلثه، ويرق ثلثيه، وما خالف النص كان مدفوعاً.

فإن قالوا: معنى هذا الحديث مستعمل في غير ما قلتموه، وهو أن قوله: «جَزَّأَهُمْ ثَلاَثَةَ أَجْزَاءٍ» أي جعل جزءاً حرية، وجزأين رقاً.

وقوله: «أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ» أي استقصاء في اعتبار القيمة اشتقاقاً من المقارعة، لا من القرعة مأخوذ من قولهم: قرع فلان فلاناً إذا استقصى عليه.

وقوله: أعتق اثنين، وأرق أربعة أي أعتق سهمين، وأرق أربعة أسهم.

قيل: هذا تأويل معدول به عن الظاهر بغير دليل، ويبطل بالدليل. أما قولهم: إن معنى جزأهم أي جعل جزءاً حرية، وجزأين رقاً، فليس بصحيح، لأن هذه تجزئة الأحكام دون الأعيان، وحمل التجزئة على الأعيان أولى من حملها على الأحكام؛ لأمرين:

أحدهما: أن تجزئة الأحكام معلومة بالعتق، فاستغنت عن تجزئة الرسول ﷺ.

والثاني: أنها فعل، والفعل متوجه إلى الأعيان دون الأحكام.

وأما قولهم: إن معنى أقرع أي استقصى في القيمة، فليس بصحيح من وجهين:

أحدهما: أنه لو أعتق من كل واحد ثلثه، لم يحتج إلى اعتبار القيمة.

والثاني: أن القرعة بينهم لا تكون قرعة في قيمتهم.

وأما قولهم: «أعتق اثنين» أي سهمين «وأرق أربعة» أسهم فليس بصحيح من وجهين:

أحدهما: أنه لو كان ما قالوه لكان العتق بينهما والرق سهمين.

والثاني: أن التجزئة مغنية عن هذا فلم يجز أن يحمل على ما لا يفيد، وهذا مُغْنٍ عن التجزئة، فلم يجز أن يفعل ما لا يفيد.

وأما الاستدلال عليهم فمن وجهين:

أحدهما: على جواز التجزئة لتكميل الحرية، وتكميل الرق.

والثاني: على جواز القرعة لتمييز الحرية من الرق.

وأما الدليل على جواز التجزئة لتكميل الحرية والرق، فمن وجهين:

أحدهما: أن التجزئة موافقة لأصول الوصايا أن لا يمضي في الوصايا إلا ما يحصل للورثة إلا مثلاه، فإذا جزئوا أثلاثاً، وعتق منهم اثنان، رق أربعة للورثة، فصار لهم مثلاً ما خرج بالعتق، وإذا أعتق ثلثهم على ما قالوا، واستسعوا في باقيهم خرج بالعتق ما لم يحصل للورثة مثلاه، وتردد مال السعاية بين أن يحصل، فيتأخر به حقوق الورثة، وبين أن لا يحصل، فتبطل به حقوق الورثة، وما أدى إلى واحد منهما كانت الأصول مانعة منه.

والاستدلال الثاني: أن في التجزئة إيصال الورثة إلى حقوقهم من غير التركة، فيصير المعتق مستوعباً لتركته، وحقه في ثلثها، والوارث ممنوع منها، وقد استحق ثلثيها.

وما أدى إلى هذا كان الشرع مانعاً منه.

وأما الدليل على جواز القرعة لتميز الحرية من الرق، فمن وجهين:

أحدهما: ما روي أن عمر بن عبد العزيز، رضي الله عنه، استشار خارجة بن زيد بن ثابت، وأبان بن عثمان بن عفان في القرعة بين العبيد في الحرية والرق، فأشارا عليه باستعمالها فيه، فعمل بها، ولم يظهر في عصره مخالف فيها، فصار قول ثلاثة من التابعين انعقد بهم الإجماع.

والاستدلال الثاني: أنه لما استعملت القرعة في قسمة الأملاك المشتركة ليتميز بها نقل أملاك عن ملاك، كان استعمالها في ملك الواحد ليتميز بها حرية ملكه من رقه أولى من وجهين:

أحدهما: أنه في ملك واحد، وذلك في ملك جماعة.

والثاني: أن في العتق حقاً لله تعالى، فكان بنفي التهمة أحق.

فصل: فإذا ثبت ما ذكرنا من تجزئتهم، والإقراع بينهم، فحكمهم موقوف في بقاء المعتق في مرضه لا يجري عليه حكم العتق، لجواز أن يحدث عليه دين يستغرق قيمتهم، فيرقوا، ولا يجري عليهم حكم الرق لجواز أن يفيدها ما لا يخرجون من ثلثه، فيعتقوا ولا يجزأون، ويقرع بينهم، لأنه غير موروث في حياته، وقد يجوز أن يصح، فلا يورث، وتكون أكساب العبيد المعتقين موقوفة على ما يستبين. فإذا مات المعتق وجبت التجزئة، واستعملت القرعة واعتبر قدر التركة ليكون العتق معتبراً بثلثها إذا أقنع

الورثة من إجازته، ولو كان للمعتق في مرضه مال يخرجون من ثلثه لم يحكم بعتقهم قبل موته، لجواز أن يتلف ماله، فلا يصل إلى ورثته أو يركبه دين يسترقون في قضائه.

فصل: فإذا مات المعتق، وأقرع بينهم كان من خرج عليه سهم العتق حراً بلفظ المعتق، وملك جميع أكسابه في حياة معتقه.

ومن خرج عليه سهم الرق مملوكاً لم يزل، وجميع أكسابه تركة موروثة، ولا تقع بالقرعة حرية ولا رق، وإنما لتتميز بها الحرية من الرق.

وحكي عن مالك أن بالقرعة يقع العتق، لأن رسول الله ﷺ «حِينَ أَقْرَعَ بَيْنَ الْعَبِيدِ السِّتَّةِ أَعْتَقَ اثْنَيْنِ، وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً». وهذا المحكي عنه ليس بصحيح من وجهين:

أحدهما: أنه لما كان خروجهم من الثلث موجباً لعتقهم بلفظ المالك، وجب إذا عجز الثلث عنهم أن تكون حرية من عُتِقَ منهم بلفظ المالك.

والثاني: أن عتقهم بالقرعة مبطل لعتق المالك، وإبطال عتق المالك موجب لإبطال القرعة، وكل حكم علق بسبب أدى ثبوته إلى إبطال سببه، بطل الحكم بإثبات سببه.

فأما قولهم: إن النبي ﷺ «أَقْرَعَ، فأعتق اثنين، وأَرَقَّ أربعة»، فلم يكن العتق إلا من المالك، فصارت القرعة تمييزاً للعتق من الرق ـ والله أعلم ـ.

بَابُ كَيْفِيَّةِ الْقُرْعَةِ بَيْنَ الْمَمَالِيكِ وَغيْرِهِمْ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «أَحَبُّ الْقُرْعَةِ إِلَيَّ وَأَبْعَدُهَا مِنَ الْحَيْفِ عِنْدِي أَنْ تُقْطَعَ رِقَاعٌ صِغَارٌ مُسْتَوِيَةٌ فَيُكْتَبَ فِي كُلِّ رُقْعَةٍ اسْمُ ذِي السَّهْمِ حَتَّى يَسْتَوْظِفَ أَسْمَاءَهُمْ ثُمَّ تُجْعَلُ فِي بَنَادِقَ طِينٍ مُسْتَوِيَةٍ وَتُوزَنُ ثُمَّ تُسْتَجَفُّ ثُمَّ تُلْقَى فِي حِجْرِ رَجُلٍ لَمْ يَحْضُر الْكِتَابَةَ وَلاَ إِدْخَالَهَا فِي الْبَنْدَقِ وَيُغَطَّى عَلَيْهَا ثَوْبٌ ثُمَّ يُقَالُ لَهُ أَدْخِلْ يَدَكَ فَأَخْرِجْ بَنْدَقَةً فَإِذَا أَخْرَجَهَا فُضَّتْ وَقُرِىءَ اسْمُ صَاحِبِهَا وَدُفِعَ إِلَيْهِ الجُزْءُ الَّذِي أَقْرَعَ عَلَيْهِ ثُمَّ يُقَالُ لَهُ أَقْرِعْ عَلَى الْجُزْءِ الثَّانِي الَّذِي يَلِيهِ وَهَكَذَا مَا بَقِيَ مِنَ السَّهْمَانِ شَيْءٌ حَتَّى تَنْفَدَ وَهَذَا فِي الرَّقِيْقِ وَغَيْرِهِمْ سَوَاءٌ».

قال الماوردي: اعلم أن القرعة تدخل في الأحكام لتمييز ما اشتبه إذا تعذر تمييزه بغيرها، لتزول فيه التهمة، ويخرج عن توهم الممايلة فوجب أن تستعمل على أحوط الممكنات فيها، وهي على ما وصفها الشافعي أحوط ممكن فيها، فاعتبر فما وصفه منها خمسة أشياء مبالغةً في الاحتياط، واحترازاً من الحيلة، وبعداً من التهمة.

وقال مالك: كيفما أقرع الحاكم بينهم، ولو بأقلام دواته أجزأ، وهذا عدول عن الاحتياط، وتعرض للارتياب الذي يُمْنَعُ منه الحكام.

واختار الشافعي أن تكون الرقاع في بنادق طين، وهو أولى من الشمع والحديد، لأن الشمع لَيِّن تتم فيه الحيلة، والحديد شديد لا ينفتح، وإنْ لِيْنَ بالنار ربما أحرقت رقاعه.

واختار ثانياً: بأن تكون البنادق متساوية الوزن والصفة، مدورة قد ملست، لئلا تختلف فتتميز.

واختار ثالثاً: أن تجفف حتى تيبس، فلا تتم فيها حيلة.

واختار رابعاً: أن توضع مغطاة، ويؤمر مَنْ لم يشاهدها بالإخراج حتى لا يرى ما تتوجه به إليه تهمة.

واختار خامساً: أن يكون المخرج قليل الفطنة ظاهر السلامة ليبعد من الإدغال،

والحيلة، فهذا أحوط ما يمكن فيها، وليس بعد ما ذكره الشافعي في صفتها من هذه الفصول الخمسة احتياط يؤمر به الحكام، فإن قصر في بعضها أساء، ولم يبطل حكمه. والله أعلم.

بَابُ الإِقْرَاعِ بَيْنَ الْعَبِيدِ فِي الْعِتْقِ وَالدَّيْنِ وَالتَّبْدِئَةِ بِالْعِتْقِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَيُجَزَّأُ الرَّقِيقُ إِذَا أُعْتِقَ ثُلُثُهُمْ ثَلَاثَةَ أَجْزَاء إِذَا كَانَتْ قِيمُهُمْ سَوَاءً وَيُكْتَبُ سَهْمُ الْعِتْقِ فِي وَاحِدٍ وَسَهْما الرِّقِّ في اثْنَيْنِ ثُمَّ يُقَالُ: أَخْرِجْ عَلَى هَذَا الْجُزْءِ بِعَيْنِهِ وَيُعَرَّفُ فَإِنْ خَرَجَ عَلَيْهِ سَهْمُ الْعِتْقِ عُتِقَ وَرقَّ الجُزْءَانِ الآخرَانِ وَإِنْ خَرَجَ عَلَى الْجُزْءِ الأَوَّلِ سَهْمُ الرِّقِّ رقَّ ثُمَّ قِيْلَ أَخْرِجْ فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعِتْقِ عَلَى الجُزْءِ الثَّانِي عُتِقَ وَرقَّ الثَّالِثُ وَإِن خَرَجَ سَهْمُ الرِّقِ عَلَيْهِ عُتِقَ الثَّالِثُ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ قِيمُهُمْ ضُمَّ قَلِيْلُ الثَّمَنِ إِلَى كَثِيرِ الثَّمَنِ حَتَّى يَعْتَدِلُوا فَإِنْ تَفَاوَتَتْ قِيمُهُمْ فَكَانَ قِيمَةُ وَاحِدٍ مائَة وَقِيْمَةُ اثْنَيْنِ مائَة وَقِيمَةُ ثَلاثَةٍ مائَة جَزَّأَهُمْ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ ثُمَّ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ عَلَى القِيَمِ فَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ وَاحِدٍ مائَتَيْنِ وَاثْنَيْنِ خَمْسِيْنَ، وَثَلَاثَةٍ خَمْسِيْنَ فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعِتْقِ عَلَى الْوَاحِدِ عُتِقَ مِنْهُ نِصْفُهُ وَهُوَ الثُّلُثُ مِنْ جَمِيْعِ المَالِ وَالآخَرُونَ رَقِيقٌ وَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ اثْنَيْنِ عُتِقَا ثُمَّ أُعِيْدَتِ القُرْعَةِ بَيْنَ الثَّلَاثَةِ وَالْوَاحِدِ وَأَيُّهُمْ خَرَجَ سَهْمَهُ بِالعِتْقِ عُتِقَ مِنْهُ مَا بَقِيَ مِنَ الثُّلُثِ وَرَقَّ مَا بَقِيَ مِنْهُ وَمِنْ غَيْرِهِ وَإِنْ خَرَجَ السَّهْمُ عَلَى الاثْنَيْنِ أَوِ الثَّلَاثَةِ فَكَانُوا لَا يَخْرُجُونَ مَعَا جُزِّئُوا ثَلاثَةَ أَجْزَاءٍ وَأُقْرِعَ بَيْنَهُمْ كَذَلِكَ حَتَّى يُسْتَكْمَلَ الثُّلُثُ وَيُجَزَّأُونَ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ أَصَحُّ عِنْدِي مِنَ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةٍ».

قال الماوردي: وهذا الباب يشتمل على بيان استعمال القرعة، ويتضمن ثلاثة فصول:

أحدها: في التجزئة.

والثاني: في التعديل.

والثالث: في الإخراج.

فأما التجزئة، فهو أن يجزئوا ثلاثة أجزاء إذا كان المقصود عتق الثلث لأن مخرجه من ثلاثة ولو كان المقصود عتق الربع جزأوا أربعة أجزاء لأن مخرجه من أربعة.

ولو كان المقصود عتق النصف جزأوا جزأين، لأن مخرجه من اثنين ثم على هذا.

وأما التعديل فمعتبر بأعداد العبيد وقيمهم، وهم في العدد والقيمة على ستة أقسام:

أحدها: أن يوافق عددهم مخرج الثلث، وتتساوى قيمهم، فيكونوا في موافقة العدد ثلاثة، أو ستة، أو تسعة، وتكون قيمة كل واحد منهم مائة درهم، فإن كانوا ستة جعل كل اثنين جزءاً، وكان الجمع بين كل اثنين معتبراً برأي الحاكم، فإن كان فيهم متناسبان أخوان أو أب وابن كان الجمع بينهما أولى من التفرقة وإن كان منهم أَمَتَان، فالجمع بينهما أولى من التفرقة، وإن كان فيهم زوجان فالجمع بينهما أولى من التفرقة؛ فإن فرق بين المتناسبين جاز إلا أن تكون أَمَةٌ معها ولد صغير، فلا يجوز أن يفرق بينهما في التجزئة، لئلا تختلف أحكامهما، فيفرق بينها وبين ولدها، فتوله عليه، وقد ورد النهي عنه. وإن فرق بين الزوجين، ففي جوازه وجهان:

أحدهما: يجوز كجواز التفرقة بين الأخوين والأمتين.

والوجه الثاني: لا يجوز أن يفرق في التجزئة بين الزوجين، وإن جاز أن يفرق فيها بين الأخوين، ليجتمعا على الحرية والرق، ولا يختلفان فيها، فيفضي إلى فسخ النكاح المعقود في التفرقة بين الأخوين والأَمَتَيْنِ.

فإذا جزأوا أثلاثاً، وجمع بين كل جزأين اثنين كان الحاكم في الإخراج بين خيارين:

أحدهما: أن يكتب في الرقاع الأسماء، ويخرج على الحرية والرق، فيكتب سالماً وغانماً في رقعة، ونافعاً وبلالاً في أخرى، ونجاحاً وإقبالاً في الثالثة.

وهو فيما يقوله عند الإخراج من الحرية والرق بين أمرين:

أولاهما وأعجلهما إلى فصل الحكم: أن يقول: أخرج على الحرية، فإذا خرج أحد الأجزاء أعتق مَنْ فيها، ورق مَنْ في الجزأين الآخرين، لأنه لم يبق للعتق ما يخرج لأجله.

والثاني: أن يقول: اخرج على الرق، فإذا خرج أحد الأجزاء رق من فيه، وبقي جزءان أحدهما رقيق، والآخر حر وهو بين أمرين: إما أن يقول: أخرج على الرق، فيرق من فيه، ويعتق من في الجزء الثاني، وإما أن يقول: أخرج على الحرية، فيعتق من فيه، ويرق من في الجزء الباقي.

والخيار الثاني: أن يكتب في الرقاع الحرية والرق، ويخرج على الأسماء، فيكتب في رقعة عتقاً، وفي رقعتين رقاً.

ويقول: اخرج لسالم وغانم. فإن خرج لهما سهم الحرية عتقا، ورق الأربعة الباقون، وإن خرج لهما سهم الرق رقا، وقال: اخرج لنافع وبلال فإن خرج لهما سهم العتق عتقا، ورق الآخران، وإن خرج لهما سهم الرق رقا، وعتق الآخران. فهذا حكم القسم الأول في تجزئته وإخراجه.

فصل: والقسم الثاني: أن يوافق العدد، وتختلف القيم، ويمكن التعديل.

مثاله: أن يكونوا ستة، قيمة اثنين منهم مائتان، وقيمة اثنين منهم ثلاثمائة، وقيمة اثنين منهم أربعمائة. فإذا جمعت قيمهم كانت تسعمائة ثلثها ثلاثمائة فيجعل العبدان اللذان قيمتهما ثلاثمائة سهماً ونضم واحداً من العبدين اللذين قيمتهما مائتان إلى أحد العبدين اللذين قيمتهما أربعمائة، ويجعل كل اثنين منهما سهماً قيمته ثلاثمائة فتتعدل السهام الثلاثة في العدد والقيمة، ثم الحاكم في الإخراج بين خيارين على ما قدمناه من كتب الأسماء والإخراج على الحرية والرق وبين كتب الحرية والرق والإخراج على الأسماء.

فصل: والقسم الثالث: أن يوافق العدد، وتختلف القيم، ولا يمكن التعديل.

مثاله: أن يكونوا ستة، قيمة واحد منهم مائة، وقيمة اثنين منهم مائة، وقيمة ثلاثة مائة، فمجموع قيمهم ثلاثمائة، فمذهب الشافعي المنصوص عليه أنه يجزأ سهامهم على القيمة دون العدد، فنجعل العبد الذي قيمته مائة سهماً، ونجعل العبدين اللذين قيمتهما مائة سهماً، ونجعل الثلاثة الذين قيمتهم مائة سهماً، وكان الإخراج على ما مضى من الخيارين، فإن خرج سهم العتق على الواحد الذي قيمته مائة عتق، ورق الخمسة، وإن خرج على العبدين اللذين قيمتهما مائة عتقا، ورق الأربعة، وإن خرج على الثلاثة الّذين قيمتهم مائة عتقوا، ورق الثلاثة.

وذهب بعض أصحابه إلى خلاف قوله فجزأهم على العدد دون القيمة لأن النبي ﷺ أقرع على العدد دون القيمة، فكان العدد أولى أن يكون معتبراً من القيمة فنجعل العبدين اللذين قيمتهما مائة سهماً، ويضم أحد العبيد الثلاثة الذين قيمتهم مائة إلى العبد الذي قيمته مائة، فيصير سهمه أكثر من مائة، وسهم الباقين أقل من مائة، ثم يقرع بينهم فإن خرج سهم العتق على العبدين المقوم أحدهما بمائة والآخر بثلث المائة رق الأربعة الباقون فصار سهم العتق خارجاً على أكثر من الثلث، فلم ينفذ العتق في جميعها لزيادتهما على الثلث، وأقرع بينهما قرعة ثانية، فإن خرج سهم العتق على

العبدين المقوم أحدهما بمائة والآخر بثلث المائة رق الأربعة الباقون فصار سهم العتق خارجاً على أكثر من الثلث، فلم ينقذ العتق في جميعهما لزيادتهما على الثلث، وأقرع بينهما قرعة ثانية، فإن خرج سهم العتق على المقوم بمائة عتق، ورق الآخر، وإن خرج على المقوم بثلث المائة عتق جميعه، وثلثا الآخر لاستكمال الثلث، ورق ثلثه الزائد على الثلث، وهذه طريقة غير مرضية، لما تقضي إليه من إعادة القرعة مراراً أو تبعض الحرية والرق في شخص واحد.

فصل: والقسم الرابع: أن تختلف قيمهم، ولا يوافق عددهم، ويمكن التعديل بينهم.

مثاله: أن يكونوا ثمانية: قيمة واحد منهم مائة، وقيمة ثلاثة مائة، وقيمة أربعة مائة، فمجموع قيمتهم ثلاثمائة، فيجزأون على القيم دون العدد وجهاً واحداً، وافق عليه من خالف فيما تقدم لأن العدد لما لم يوافق سقط اعتباره، فوجب أن يعتبر ما يعدل من القيمة فنجعل العبد المقوم بمائة سهماً، والثلاثة المقومين بمائة سهماً، والأربعة المقومين بمائة سهماً، فإن خرج سهم العتق على الواحد المقوم بمائة عتق ورق السبعة، وإن خرج على الثلاثة المقومين بمائة عتقوا، ورق الخمسة، وإن خرج على الأربعة المقومين بمائة عتقوا، ورق الأربعة.

وعلى هذا لو كانا عبدين قيمة أحدهما مائة، وقيمة الآخر مائتين جعلا سهمين، وأقرع بينهما، فإن خرج سهم المعتق على المقوم بمائة عتق جميعه، ورق جميع الآخر، وإن خرج على المقوم بمائتين عتق نصفه، ورق نصفه، وجميع الآخر.

فصل: والقسم الخامس: أن تختلف قيمهم، ولا يوافق عددهم، فلا يمكن التعديل في القيمة ولا في العدد.

مثاله: أن يكونوا خمسة: قيمة أحدهم مائة، وقيمة الثاني مائتان، وقيمة الثالث ثلاثمائة وقيمة الرابع أربعمائة، وقيمة الخامس خمسمائة، فمجموع قيمهم ألف وخمسمائة ثلثها خمسمائة، ففي الإقراع بينهم قولان:

أحدهما: أنه لا يعتبر فيهم التعديل، لتعذره في القيمة والعدد، وتكتب أسماؤهم في رقاع بعددهم، وتخرج على العتق، فإن خرج اسم المقوم بخمسمائة عتق، ورق الأربعة الباقون، وإن خرج اسم المقوم بأربعمائة عتق، وبقي بعده من الثلث مائة، فيخرج اسم آخر، فإن خرج اسم المقوم بثلاثمائة عتق منه ثلثه، ورق ثلثاه، والثلاثة الباقون، إن خرج في الابتداء اسم المقوم بثلاثمائة عتق، وبقي بعده من الثلث مائتان، فيخرج اسم آخر، فإن خرج اسم المقوم بمائتين عتق جميعه، ورق الثلاثة الباقون، ولو

خرج في الابتداء سهم المقوم بمائتين عتق، وبقي بعده من الثلث ثلاثمائة فيخرج اسم آخر، فإن خرج اسم المقوم بمائة عتق، وبقي بعده من الثلث مائتان، فيخرج اسم آخر، فإن خرج اسم المقوم بخمسمائة عتق منه خمساه، ورق ثلاثة أخماسه الاثنان الباقيان، ثم على هذا القياس.

والقول الثاني: يجزأون ثلاثة أجزاء على القيمة دون العدد فيجعل المقوم بخمسمائة سهماً، ويجمع بين المقوم بأربعمائة، والمقوم بمائة، فيجعل سهماً ثانياً ويجمع بين المقوم بثلاثمائة والمقوم بمائتين، فيجعل سهماً ثالثاً، ثم يخرج على العتق، فأي السهام خرج عتق من فيه، وقد استكمل به الثلث، ورق الباقون.

فصل: والقسم السادس: أن تتساوى قيمهم، ولا يوافق عددهم.

مثاله: أن يكونوا أربعة قيمة كل واحد منهم مائة، فمجموع قيمهم أربعمائة، ثلثها مائة وثلاثة وثلاثون وثلث، فتكتب أسماؤهم في الرقاع بعددهم قولاً واحداً، فإذا خرج اسم أحدهم عتق، وأخرج اسم ثان فأعتق ثلثه، ورق ثلثاه، وجميع الآخرين، ثم على هذا القياس. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِبَعْضِ رَقِيْقِهِ جُزِّىءَ الرَّقِيْقُ عَلَى قَدْرِ الدَّيْنِ ثُمَّ جُزِّئُوا فَأَيُّهُمْ خَرَجَ عَلَيْهِ سَهْمُ الدَّيْنِ بِيْعُوا ثُمَّ أَقْرَعَ لِيَعْتِقَ ثُلُثَهُمْ بَعد الدَّيْنِ وَإِنْ ظَهَرَ عَلَيْهِ دَيْنٌ بَعْدَ ذَلِكَ بِعْتُ مَنْ عَتَقَ حَتَّى لاَ يَبْقَى عَلَيْهِ دَيْنٌ».

قال الماوردي: وهذه المسألة مصورة في عتق ودين يستوعبان التركة، وهو أن يكون له عبيد لا يملك غيرهم، وقد أعتقهم في مرض موته أو أوصى بعتقهم، وعليه دين يستوعب قيمهم أو قيمة بعضهم، فإن كان الدين مستوعباً لقيمهم ارتفع حكم العتق بالدين سواء أعتقهم في مرضه أو وَصَّى بعتقهم بعد موته، لأن العتق في المرض وبعده وصية تعتبر من الثلث، والدَّين مقدم على الوصايا، فلذلك بطل به حكم العتق، كما بطل به حكم جميع الوصايا والمواريث، وإن كان الدين غير مستوعب لقيمهم ارتفع حكم العتق فيما قابل قدر الدَّين، وكان باقياً فيما عداه. والدَّين خارج من أصل التركة، والعتق معتبر من ثلثها، فتصور المسألة في أسهل أمثلتها، ليكون مثالاً لغيره، وهو أن يكون له أربعة عبيد يعتقهم في مرضه، ولا مال له غيرهم، وقيمة كل عبد منهم مائة درهم، ويموت ويظهر عليه مائة درهم دَيْنَاً، فلظهور الدين حالتان:

إحداهما: أن يظهر قبل تحرير العتق بالقرعة.

والثانية: بعد تحريره بها.

فإن ظهر قبل القرعة وجب أن يقرع بينهم لقضاء الدين ثم يقرع بينهم للعتق فإن قيل: فقضاء الدين لا يحتاج إلى قرعة، كما لو اجتمع الدين مع الوصايا لم يقرع في التركة بين أرباب الديون والوصايا. قيل: إنما أقرع في الدين مع العتق، وإن لم يقرع فيه مع الوصايا لأمرين: فرق وتعليل.

فأما الفرق فهو أن القرعة لما استعملت في العتق إذا انفرد، ولم تستعمل في الوصايا إذا انفردت استعملت في العتق إذا اجتمع مع الدَّين، وإن لم يستعمل في الوصايا إذا اجتمعت مع الدَّين.

وأما التعليل: فهوأن العتق لا يترك بالعجز على إشاعته حتى يميز بالقرعة، فلم يجز أن يشاع ما دخله العجز إلا بالقرعة والوصايا تترك بالعجز على إشاعتها، ولا تميز بالقرعة، فجاز أن يشاع ما دخله العجز بغير قرعة.

وإذا وجب الإقراع للدَّين كما وجب الإقراع للعتق، وجب تقديم الإقراع للدَّين كما وجب الإقراع للعتق، لإمضاء العتق بعد قضاء الدين، ولم يجز أن يجمع في الإقراع الواحد بين قضاء الدين والعتق، كما وهم فيه بعض الفقهاء، لأمرين:

أحدهما: لتقديم الدين على الوصايا.

والثاني: يجوز أن تزيد قيمة من قرع في الدَّين، فتضم الزيادة إلى من أفرد للعتق أو تنقص القيمة، فتتمم ممن أفرد للعتق.

فإذا تقررت هذه الجملة، فمعلوم من صورة ما قلناه أن الدَّين مقابل لربع التركة، لأنه مائة والتركة أربع مائة، فوجب أن يُجَزَّأوا أرباعاً، ويكتبوا في أربع رقاع، والمقرع فيه بين خيارين:

أحدهما: أن يكتب أسماءَهم، ويخرج على الدين، فمن خرج اسمه بيع فيه.

والثاني: أن يكتب في رقعة ديناً، وفي ثلاثة رقاع تركة، ويخرج على الأسماء فمن خرج عليه سهم الدَّين بيع فيه، فإذا تعين المبيع في الدَّين بالقرعة لم يجز أن يقرع بين الباقين في العتق إلا بعد بيعه في الدَّين، لأنه قد يجوز أن تزيد قيمته، فيزاد على سهام العتق، ويجوز أن تنقص، فتتمم من سهام العتق، ويجوز أن يهلك فيقرع للدَّين ثانية من سهام العتق، فلذلك وجب التوقف على الإقراع للعتق حتى يباع القارع في الدَّين، ويقضى بثمنه جميع الدَّين ثم تستأنف قرعة العتق بين الثلاثة على ثلاثة أجزاء، فيعتق منهم من خرج عليه سهم العتق، ويرق من خرج عليه سهم الرق، فلو كانوا ثلاثة عبيد قيمتهم أربعمائة درهم، والدَّين مائة درهم، جُزِّئوا في الدين ثلاثة أجزاء على عددهم، فإذا خرجت فيه قرعة أحدهم بيع منه ثلاثة أرباعه، لأن قيمته مائة. وثلاثة

وثلاثون وثلث. والمائة الدَّين هي ثلاثة أرباعها، ويبقى عبدان، وربع قيمتهم ثلاثمائة فيجزأون أثلاثاً، ويقرع بينهم للعتق، فإن خرج سهم العتق على أحد الكاملين عتق ثلاثة أرباعه، ورق ربعه مع جميع الآخر والربع الباقي من المبيع في الدَّين، وإن خرج سهم العتق على الربع الباقي من المبيع في الدَّين عتق، وقرع بين الكاملين، وأعتق من القارع نصفه، ورق نصفه، وجميع الآخر. والله أعلم.

فصل: وإذا كان ظهور الدين بعد تحرير العتق بالقرعة.

مثاله: أن يقرع بين العبيد الأربعة، فيعتق منهم عبد وثلث، ثم تظهر عليه مائة درهم ديناً لم يعلم به قبل القرعة، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو مذهب الشافعي المنصوص عليه في المبسوط من كتاب «الأم» أن قرعة العتق ماضية، ويباع في الدَّين بما استرقه الورثة، وهو عبدان وثلثا عبد بمائة لقضائه للدَّين إن لم يقضوه من أموالهم، وهم بالخيار في بيع من شاؤوا منهم بغير قرعة، لأنه لا حق فيهم للمعتق، فلم يحتج في بيعه إلى قرعة، ويبقى معهم عبدان وثلثان، وقد صارت التركة بعد قضاء الدَّين ثلاثة عبيد قيمتهم ثلاثمائة، فيبقى للورثة تمام حقهم في الثلثين ثلث عبد، وقد خرج بالعتق عبد وثلث، فيقرع بين العبد والثلث، ليسترق منهما ثلث عبد يستكمل به الورثة ثلثي التركة، فإن خرجت قرعة الرق على ثلث العبد رق للورثة، وتحرر عتق الآخر كله، وإن خرجت على هذا الآخر الكامل العتق قرعة الرق رق ثلثه، وعتق ثلثاه والثلث الآخر، وصار عتق العبد مبعضاً في عبدين، فهذا حكم الوجه الأول في استيفاء حكم القرعة الأولة.

والوجه الثاني: وهو قول طائفة من أصحاب الشافعي أن قرعة العتق تبطل بظهور الدين بعدها، كما كانت تبطل بظهور الدين قبلها، لأنها وقعت في غير حقها كأخوين اقتسما تركة ثم ظهر لهما أخ ثالث بطلت قسمتهما، ووجب أن يستأنفاها مع الثالث، فعلى هذا تنقض القرعة، ويعود من أعتق بها إلى الحكم الأول، ويبتدىء فيقرع بين الأربعة للدَّين، فيباع فيه أحدهم، ويبقى بعد المبيع في الدَّين ثلاثة يستحق عتق أحدهم، فيقرع بينهم للعتق، ويعتق منهم من قرع، ويرق الآخران.

والوجه الأول أصح؛ لأنه تحفظ به حرية من عتق وعبودية من رق، وعلى هذا الوجه الثاني قد يعتق به من رق، ويرق به من عتق. والله أعلم.

فصل: ولو كان العبيد الأربعة على حالهم، وعليه مائة درهم ديناً فأقرع بينهم للدَّين، وبيع فيه أحدهم، ثم أقرع بين الثلاثة الباقين للعتق، وأعتق أحدهم، ورق للورثة اثنان منهم ثم ظهر عليه مئة درهم ثانية ديناً، كان على الوجهين المتقدمين:

أحدهما: وهو مذهب الشافعي يباع في الدَّين أحد العبدين المسترقين، ويسترق من العبد المعتق ثلثه، فيصير للورثة عبد وثلث، وينفذ بالعتق ثلثا عبد.

والوجه الثاني: تبطل قرعة العتق، ويستأنف القرعة بين الثلاثة للدَّين، فإذا قرع فيه أحدهم بيع للدَّين سواء كان محكوماً بعتقه أو برقه، ثم استؤنفت قرعة العتق، فأعتق بها ثلثا أحدهما، ورق للورثة ثلثه، وجميع الآخر، وعلى هذا لو ظهرت عليه مائة ثالثة ديناً بعد ما بيع في المائة الثانية، فعلى الوجه الأول الذي هو المذهب لا تنقض قرعة العتق، ويباع مما استرقه للورثة عبد بمائة درهم، ويبقى معهم ثلث عبد، فيسترقون من ثلثي من عتق ثلثه، ليصير لهم ثلثا عبد، وللعتق ثلث عبد.

وعلى الوجه الثاني: تنقض قرعة العتق، ويعود العبدان الآخران إلى حكم الرق، فيباع في الدَّين أحدهما بالقرعة، ويبقى الآخر، فيعتق ثلثه، ويرق ثلثاه.

ولو ظهرت بعدها مائة رابعة ديناً بيع فيه من أعتق ومن رق على الوجهين معاً لاستيعاب الدَّين جميع التركة، فلو كانت التركة عبداً قيمته مائة درهم أعتقه في مرضه، ومات فحكم بعتق ثلثه، ورق ثلثيه لورثته، ثم ظهر عليه دين قدره مائة درهم يستوعب جميع تركته، فمذهب الشافعي وجمهور أصحابه أنه ينقض ما حكم به من عتق ثلثه، ويباع جميعه في دينه، ووهم بعض أصحابه، فأعتق تسعَه، وأرق في الدَّين ثمانية أتساعه، وجعل وجه ذلك أن مَال للعتق سهم، وللدَّين سهمان ثم سهم العتق مقسوم بين العتق والورثة على ثلاثة، فيصح من تسعة ستة منها، وهي الثلثان للدَّين وثلثه بين العتق والورثة أثلاثاً، للعتق سهم وهو التسع، فيعتق تسعه، ويبقى للورثة سهمان ترد على أصحاب الدَّين، ولا وجه لهذا القول لأن عتق المرض وصية في الثلث، ولا وصية إلا بعد قضاء الدين كما لا ميراث إلا بعد قضائه.

فصل: ولو كانوا أربعة فبيع من الأربعة أحدهم في الدَّين، وأعتق من الثلاثة أحدهم في الثلث، ورق الآخران للورثة، ثم استحق أحد العبدين المسترقين كان استحقاقه كالدَّين الحادث بعد العتق، فيكون على ما ذكرناه من الوجهين:

أحدهما: يسترق من المعتق ثلثه، ولا تنقض القرعة.

والثاني: تنقض القرعة، وتستأنف في العبدين، ويعتق ثلثا أحدهما بالقرعة الثانية على من خرجت منهما، ولو استحق العبد المعتق بطل فيه العتق، واستؤنفت القرعة بين الباقين على الرق وجهاً واحداً، وأعتق ثلثا أحدهما، ورق باقيه، وجميع الآخر، ولو استحق المعتق، وأحد المسترقين صارت التركة عبداً واحداً، فيعتق ثلثه، ويرق ثلثاه بغير قرعة.

فصل: وحكم هؤلاء العبيد لو لم يعتقهم في مرضه، ووصى بعتقهم بعد موته،

وهم جميع تركته كحكمهم لو أعتقهم في مرضه إلا في أربعة أحكام.

أحدها: أن عتقهم في المرض متقدم على الموت، وفي الوصية متأخر عنه.

والثاني: أن عتق المرض مباشرة ينفذ بلفظه، وعتق الوصية ينفذ بلفظ الورثة، فإن امتنعوا استوفاه الحاكم منهم.

والثالث: أن قيمة المعتقين في المرض معتبرة بوقت عتقهم قبل الموت، وقيمة المعتقين في الوصية معتبرة بقيمتهم وقت الموت على ما سنذكره.

والرابع: أن العتق في المرض يملكون به ما اكتسبوه في حياة المعتق، وبعد موته، وكسب من رق منهم يملك المعتق منه ما كسبوه في حياته، ويضاف إلى تركته، ويملك الورثة ما اكتسبوه بعد موته، والعتق بالوصية يوجب أن تكون أكسابهم قبل الموت من تركة الموصي وأكسابهم بعد الموت للورثة، يستوي فيه كسب من عتق منهم، ومن رق قبل القرعة للعتق، ولا يقضى من هذه الأكساب ديون الميت، لأنها حادثة على ملك الورثة، وحكي عن أبي سعيد الإصطخري أن ديون الميت تقضى من هذه الأكساب الحادثة على ملك الورثة، لأنهم استفادوها من تركة لا يستقر ملكهم عليها، إلا بعد قضاء ديونها.

ويتفرع على هذا الفصل: إذا أعتق عبداً في مرضه قيمته مائة درهم لا مال له غيره، فكسب في حياة سيده مائة درهم وبعد موته مائة درهم فالمائة التي كسبها في حياة سيده داخلة في تركته تضم إلى قيمته، ويدخل بها دَوْرٌ يزيد في عتقه، والمائة التي كسبها بعد موته خارجة من التركة، ولا يدخل بها دَوْرٌ، ولا يزيد بها عتق، وقدر ما يعتق منه نصفه، ويملك به نصف كسبه في حياة سيده، ونصف كسبه بعد موته، ويرق نصفه للورثة، ويستحقون به نصف كسبه في حياة سيده ميراثاً، ونصف كسبه بعد موته مِلْكاً، وبابه في عمل الدَّوْرِ أن يجعل العتق سهماً، والكسب سهماً، لأن الكسب مثل قيمة العبد، ويجعل للورثة سهمين، ليكونا مثلي سهم العتق، وتجمع السهام، وهي أربعة، وتقسم التركة عليها، وهما مائتا درهم، لأن قيمة العبد مائة درهم، وقد ضم إليها الكسب في حياة السيد مائة، فيكون قسط كل سهم منها خمسين درهماً، وللعتق سهم واحد، وهو نصف قيمته، فعتق به نصفه، وملك به نصف كسبه في حياة السيد، ورق نصفه للورثة، وملكوا نصف كسبه في حياة السيد ميراثاً، فصار لهم بالرق والكسب مائة درهم هي مثلا ما عتق من نصفه، ويكون الكسب بعد موت السيد بين العبد والورثة نصفين، بحسب ما فيه من حُرِّيَّة ورق.

فلو كانت المسألة بحالها في عتق هذا العبد الذي قيمته مائة درهم، وكسب العبد في حياة سيده مائة درهم، وبعد موته مائة درهم، وكان على السيد مائة درهم

ضم كسب الحياة إلى التركة، وخرج الكسب بعد الموت منها، فصارت التركة مائتي درهم يقضى نصفها في الدَّين، ويبقى نصفها في العتق والميراث فيعتق منه ربعه، ويرق ثلاثة أرباعه، وبابه أن يجعل للعتق سهماً، وللكسب سهماً، وللورثة سهمين، ويقسم باقي التركة بعد الدَّين، وهو مائة على هذه السهام الأربعة يكون قسط السهم منها خمسة وعشرين درهماً، فيعتق منه بسهم العتق ربعه، ويملك به ربع كسبه، ويرق للورثة ثلاثة أرباعه، وهو بخمسة وسبعين درهماً، ويملكون به ثلاثة أرباع كسبه، وهو خمسة وسبعون درهماً، يصيران مائة وخمسين درهماً يقضى منهم الدَّين مائة درهم يبقى مع الورثة خمسون درهماً هي مثلا ما خرج بالعتق المقدر بخمسة وعشرين درهماً، وتكون المائة المكتسبة بعد موت السيد بين العبد والورثة بقدر الحرية والرق، يملك العبد ربعها بقدر حريته، ويملك الورثة ثلاثة أرباعها كسباً مستفاداً، بما ملكوه من رقه لا تدخل التركة، ولا يقضى منها الدَّين.

فأما على قول أبي سعيد الإصطخري: يقضي الدَّين منها، فيدخل بها دَوْرٌ يزيدُ في العتق لزيادة ما يقضى به الديون وزيادة دورها بثلثها، لأن المحكى عن أبي سعيد أن الكسب بعد الوفاة يقضى به الديون ولا ينفذ به الوصايا، فتجعل المائة المكتسبة بعد الموت أثلاثاً، ثلثاً للعبد بكسب عتقه، وثلثاً للورثة بكسب رقه، وثلثاً يضاف إلى التركة لقضاء دينه، فتصير التركة مع هذا الثلث مائتين وثلاثة وثلاثين وثلثاً، يقضى منها الدَّين مائة، يبقى من التركة بعد قضائها مائة وثلاثة وثلاثون وثلث تقسم على أربعة هي سهم للعتق وسهم للكسب وسهمان للورثة، يخرج قسط السهم ثلاثة وثلاثين وثلث فأعتق منه بقدرها، وهو الثلث، ويملك به ثلث كسبه، ويرق للورثة ثلثاه، وهو مثلا ما عتق منه، وقد ملك من المكتسب بعد الموت ثلثه، وملك الورثة ثلثيه، وهما مستفادان من غير التركة.

قلت: كأنه جعل جزءً من العبد يقضى به الدَّين، فهو لما يستحق بذلك الجزء من كسبه في حياة سيده، وبعد موت السيد للدَّين ثم جعل سهماً من رقبته ببيعه سهماً من الكسب بقدر ثلاثة أسهم ما بقى، ولو كسب بعد الموت مائة لصار في ملكه الذي مع ربع كسبه، وبقية كسبه بعد الموت، فسقط، لأنه ليس من التركة، فيبقى ما يبقى، لأنه عبد أعتقه في مرض موته، وبقية كسبه في حياة سيده.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَعْتَقْتُ ثُلُثاً وَأَرْقَقْتُ ثُلُثَيْنِ بِالْقُرْعَةِ ثُمَّ ظَهَرَ لَهُ مَالٌ يُخْرَجُونَ مَعاً مِنَ الثُّلُثِ أَعْتَقْتُ مَنْ أَرْقَقْتُ وَدَفَعْتُ إِلَيْهِمْ مَا اكْتَسَبُوا بَعْدَ عِتْقِ الْمَالِكِ إِيَّاهُمْ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا أعتق عبيداً في مرضه، وعليه دين، ولم يظهر

له مال، فبيع بعضهم في دينه، وأعتق منهم قدر ثلثه، ورق باقيهم ثم ظهر له مال، فإن خرجوا من ثلثه عتقوا جميعهم، وإن نقص ثلثه عنهم أعتق منهم قدر ثلثه.

مثاله: أن يعتق أربعة عبيد قيمة كل عبد مائة درهم، ويترك ديناً قدره مائة درهم، ولم يظهر له مال، فيبيع أحدهم في دينه، وأعتق أحدهم في ثلثه، واسترق اثنان لورثته، ثم ظهر له مائة درهم، فيسترجع بظهور المائة العبد المبيع في الدَّين، ويُفْسَخُ فيه البيع، ويصير بظهور هذه المائة بمثابة من ليس عليه دين، فعلى هذا لا يختلف مذهب الشافعي، ومن خالفه من أصحابه في نقص القرعة بظهور الدَّين أنها لا تنقص بظهور المال، لأن ظهور الدَّين يوجب نقصاً في العتق، وزيادة الرق، تنقض به قرعة الرق وظهور المال يوجب زيادة العتق ونقصان الرق، فلم يجز أن تنقض به قرعة العتق، فيكون عتق من قرع بَاتاً لا رجعة فيه، وقد بقي في الثلث بعد عتقه أن يعتق من الثلث ثلث واحد يستوعب به الثلث، فيقرع بينهم، ويعتق ثلث أحدهم، ويسترق ثلثاه مع الآخرين، ولو ظهر له مائتا درهم كان الباقي منها بعد قضاء الدين مائة، فيعتق من الثلاثة ثلثا عبد، لأن التركة خمسمائة.

ولو ظهر له ثلاثمائة درهم عتق بها من الثلاثة عبد كامل، لأن التركة بعد الدَّين ستمائة.

ولو ظهر له أربع مائة عُتق بها من الثلاثة عبد وثلث، لأن التركة بعد الدين سبعمائة.

ولو ظهر له خمسمائة عتق بها من الثلاثة عبد وثلثان، لأن التركة بعد الدَّين ثمانمائة.

ولو ظهر له ستمائة عتق بها من الثلاثة عبدان، لأن التركة بعد الدَّين تسعمائة.

ولو ظهر له سبعمائة عتق بها من الثلاثة عبدان وثلث.

ولو ظهر له ثمانمائة عتق بها من الثلاثة عبدان وثلثان.

ولو ظهر له تسعمائة عتق بها الثلاثة كلهم، لأن التركة تصير بها بعد قضاء الدَّين ألفاً ومائتين، والعبيد أربعة قيمتهم أربعمائة هي قدر الثلث، فيعتقوا جميعاً.

فصل: فإذا تحرر عتق جميعهم على ما وصفنا بَانَ بعد أن أجري حكم الرق عليهم أنهم كانوا أحراراً، بعتق السيد في حياته يوم أعتقهم، فيبطل ما جرى عليهم من أحكام الرق، فيصيرون مالكين لجميع أكسابهم التي كسبوها في حياة السيد، وبعد موته، ولو كان قد مات لأحدهم موروث، ومنع من ميراثه بالرق كان أحق بميراثه من الأبعد، وانتزع ميراثه منه.

ولو كان هو الميت، وأخذ الوارث ماله انتزع منه، وكان وارثه أحق به، ولو تزوج بأمة لا يستحقها في الحرية بطل نكاحها، ولو كانت أمة زوجها الوارث بالملك بطل نكاحها حتى يستأنفه وليها، ولو وطئها الوارث بحكم الملك كان عليه مهرها، ولو كان قد زنى أحدهم، وجلد خمسين كمل حده، ليتم جلد مائة إن كان بكراً، ويرجم إن كان ثيباً، ولو كان الوارث قد باع أحدهم بطل بيعه، ورجع مشتريه على الوارث بثمنه، فلو كان قد رهنه بطل رهنه وإن كان قد أخره بطلت إجارته، ورجع على مستأجره بأجرة مثله من الأحرار دون العبيد، ورجع المستأجر على الوارث بما دفعه إليه من الأجرة، ولو كان الوارث قد أعتقه بطل عتقه، وكان ولاؤه للأول، ولو كاتبه بطلت كتابته، ورجع بما أدى، ولو جنيت عليه جناية عمد، وأخذ الوارث أرشها، كان له أن يقتص من الجاني، ولا يسقط بأخذ الوارث للأرش ويرد الأرش على الجاني، ولو كان قد بيع في جناية جناها بطل بيعه، وكانت جنايته خطأ على عاقلته وعمداً في ماله، واسترجع من المجني عليه ثمنه، وَرُدَّ على مشتريه، ثم على هذا القياس في جميع الأحكام. والله أعلم.

فصل: وإذا أعتق في مرضه عبداً قيمته مائة درهم لا مال له غيره، ومات العبد في حياة سيده ففي عتقه ونفوذه ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول أبي العباس بن سريج أنه قد نفذ عتقه في جميعه، ويموت حراً قد جَدَّ ولاء ولده، وموروثاً ينتقل كسبه إلى ورثته، وإن لم يخرج من ثلث سيده، لأنه مات قبل حقوق الورثة، فلم تجز فيه المواريث، وصار كعتق الصحيح.

والوجه الثاني: أن عتقه قد بطل، ويموت عبداً، وينتقل كسبه إلى سيده بالملك، ولا يجرُّ ولاء ولده، لأن عتقه في المرض وصية تبطل بموت الموصى له قبل موت الموصي.

والوجه الثالث: وهو الظاهر من مذهب الشافعي، والمعمول عليه من قوله: أن موته لا يرفع حكم العتق في حقه ويرفع عنه حكم الرق في حق ورثته، وعتقه ليس بوصية له إن جرى في اعتباره من الثلث مجرى الوصية، لأنه لا يراعى فيه قبوله، ولا يؤثر فيه رده، وعلى هذا تختلف أحكامه باختلاف أحواله، فإن مات عن غير كسب كان ثلثه حراً، وثلثاه مملوكاً، يجر بثلثه ثلث ولاء ولده، وإن مات عن كسب فله حالتان:

إحداهما: أن لا يكون له وارث غير سيده، فينظر في قدر كسبه، فإن كان مائتي درهم ورثها السيد، وعتق جميعه، لأنه قد صار إلى التركة مثلا قيمته، وإن كان كسبه مائة درهم مات نصفه حراً ونصفه مملوكاً، وكانت المائة للسيد نصفها بحق الولاء، ونصفها بحق الملك، وهي مثلا قيمة نصفه.

والحالة الثانية: أن يكون له وارث غير سيده، فإن قيل بمذهب الشافعي في

القديم أن المعتق بعضه إذا مات لم يورث، وكان ماله لسيده، كان حكمه على ما مضى إذا لم يخلف وارثاً غير سيده.

وإن قيل: بمذهبه في الجديد أنه يكون موروثاً دخل الدور في عتقه بقدر كسبه، فإن كان كسبه مائتي درهم عتق نصفه، ورق نصفه.

وبابه في حسابه أن يجعل له برقبته سهماً لعتقه، وبكسبه سهمين لورثته، لأن الكسب ضعف قيمته، ويجعل لورثة سيده سهمين ضعف قيمته، وجمع سهم ورثته وسهمي ورثة سيده، وهي أربعة، ولا تجمع إليها سهم الرقبة لتلفها ثم أقسم الكسب عليها، وهو مائتان يخرج قسط السهم خمسين درهماً، فيعتق منه بقدرها، وهو نصفه يملك وارثه به نصف كسبه ويملك ورثة سيده نصف كسبه، ويرق نصفه، وهو مثلا ما أعتق من نصفه.

ولو كان كسب مائة درهم عتق ثلثه، وبابه أن جعل له برقبته سهماً لعتقه وبكسبه سهماً لورثته، ولورثة سيده سهمين، وتجمع بين سهم ورثته وسهمي ورثة سيده، وهي ثلاثة، وتقسم ذلك عليها، وهو مائة يخرج قسط السهم ثلاثة وثلاثين درهماً وثلثاً، فيعتق منه بقدرها، وهو ثلثه يملك ورثته به ثلث كسبه، ويملك ورثة سيده ثلثي كسبه برق ثلثيه، وهو مثلا ما عتق من ثلثه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَأَيُّ الرَّقِيقِ أَرَدْتُ قِيْمَتُهُ لِعِتْقِهِ فَزَادَتْ قِيْمَتُهُ أَوْ نَقَصَتْ أَوْ مَاتَ فَإِنَّمَا قِيْمَتُهُ يَوْمَ وَقَعَ الْعِتْقُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح والكلام فيها مشتمل على ثلاثة فصول:

أحدها: اعتبار قيمة من أعتقه في مرضه.

والثاني: اعتبار قيمة من وصى بعتقه.

والثالث: اعتبار قيمتها في حق ورثته.

فأما الفصل الأول: في اعتبار قيمة من أعتقه في مرضه، فمعتبرة بوقت عتقه لاستهلاكه له بعتقه.

وأما الفصل الثاني: في اعتبار قيمة من وصى بعتقه، فمعتبرة بوقت موته، ولا تعتبر بوقت وصيته، ولا بوقت عتق الورثة بعد موته؛ لاستحقاق عتقه بالموت، فاعتبرت بوقت الاستحقاق.

وأما الفصل الثالث: في اعتبار قيمته في حق ورثته، فمعتبرة بأقل قيمته من بعد موته، وإلى وقت قبض، لأن الزيادة بعد الموت تحدث على ملكهم، فلم تحتسب

عليهم كالثمرة والنتاج، والنقصان قبل القبض تالف من التركة، فلم يحتسب عليهم كالميت والمغصوب، فلذلك كان محتسباً في حقهم بأقل قيمته.

فصل: فإذا تقرر هذا صحت أحكامه في ثلاثة فصول:

أحدها: في القيمة إذا زادت.

والثاني: في القيمة إذا نقصت.

والثالث: في الجمع بين العتق في المرض، والعتق بالوصية.

فأما الفصل الأول: في القيمة إذا زادت، فحكم الزيادة مثل حكم الكسب، فإذا أعتق عبداً قيمته مائة درهم لا مال له غيره، فزادت قيمته حتى بلغ مائتين، فالزيادة معتبرة بوقتها، فإن حدثت بعد موت السيد، فلا اعتبار بها في التركة، ولا يدخل بها دَوْرٌ في زيادة العتق، ويعتق ثلثه، ويرق ثلثاه.

وإن حدثت في حياة السيد كانت معتبرة في التركة، ودخل بها دور في زيادة العتق، وباب دوره في وصولك إلى مقدار عتقه أن تجعل له بعتقه سهماً، وله بفضل قيمته سهماً، وللورثة سهمين، واجْمَعْها، وهي أربعة، واقسم قيمة العبد عليها، وهي مائتان، يخرج قسط السهم خمسين فأعتق منه بها على قيمته، وقت العتق يعتق نصفه، ويرق نصفه، وقيمته وقت الموت مائة، وهو مِثْلاَ ما عتق منه.

ولو ترك السيد مع العبد مائة جعلت للعتق سهماً، ولزيادة القيمة سهماً، وللورثة سهمين، وقسمت التركة، وهي ثلاثمائة على هذه السهام الأربعة، فيخرج قِسْطُ السهم خمسةً وسبعين، فأعتق منه بها ثلاثة أرباعه، ويرق ربعه، وقيمته خمسون يضمها الورثة إلى المائة، فيصير معهم مائة وخمسون مِثْلاَ ما خرج بالعتق، ولو كانت قيمته مائة درهم، فزادت قيمته قبل موت سيده حتى بلغت ثلاثمائة جعلت له بعتقه سهماً، وبفضل قيمته خمسة أسهم، وجعلت للورثة سهمين، واقسم التركة، وهي ستمائة على هذه السهام، وهي ثمانية يخرج قُسط السهم خمسة وسبعين، فأعتق منه بها على قيمته وقت العتق ثلاثة أرباعه، وترق ربعه، وقيمته وقت الموت مائة وخمسون، وهو مثلا ما خرج بالعتق.

ولو زادت قيمته مائة، وكسب مائة جعلت له بالعتق سهماً، وبفضل القيمة سهماً، وبالكسب سهماً، وللورثة سهمين، تصير خمسة أسهم، فاقسم التركة عليها، وهي أربعمائة يخرج قسط السهم ثمانين، فأعتق منه بها أربعة أخماسه، ويملك بها أربعة أخماس كسبه ثمانين، ويرق للورثة خُمُسُهُ، وقيمته أربعون، ويملكون خُمس كسبه، وهو عشرون، فإذا ضم المائة المتروكة صار معهم مائة وستون، وهي مثلا ما خرج بالعتق.

فصل: وأما الفصل الثاني: في القيمة إذا نقصت، فيدخل بنقصانها دور على العتق يزيد به الرق كما دخل بزيادتها دور على الرق زاد به العتق.

فإذا أَعْتَقَ في مرضه عبداً قيمته مائة، فنقصت قيمته قبل قبض الورثة حتى صارت خمسين، جعلت للعتق سهماً، وللورثة سهمين، وقد عادت القيمة إلى نصفها، فأنقص من سهم العتق نِصْفه يبقى سَهْمَانِ ونصف، فأقسم التركة عليها، وهي خمسون يخرج قسط نصف السهم خمسها، فأعتق خُمسه، وقيمته وقت العتق عشرون، واسترق للورثة أربعة أخماسه، وقيمته وقت الموت أربعون، وهو مثلا ما خرج بالعتق.

وفيه وجه آخر لبعض أصحابنا أنه لا يحتسب على العبد نقصان قيمته، كما لم يحتسب على الورثة، ويعتق ثلثه ويرق ثلثاه، وهذا ليس بصحيح؛ لأنه لما احتسب له زيادة قيمته حتى زاد في دور عتقه، وجب أن يحتسب عليه نقصانها ليزيد في دور رقه. ولو كانت قيمته خمسمائة، فنقصت حتى صارت مائتين، جعلت له بالعتق سهماً، وللورثة سهمين، وقد عاد عليه من نقصان القيمة ثلاثة أخماسها، فأنقصها من سهم عتقه، يبقى له خُمْسَا سهم، فأقسم القيمة على سهمين وخُمْسِينِ، يكن الخمسان منها السدس، لأن مبسوطها اثنا عشر خمساً، ويقر سهم العتق، فأعتق سدسه، وقيمة السدس من الخُمُسَيْنِ مائة وثلثه مائة وثلاثة وثلاثون وثلث، ويرق الورثة خمسة أسداسه، وقيمتها من المائتين مائة وستة وستون وثلثان، مثلا ما خرج بالعتق.

ولو كانت قيمته وقت عتقه ستمائة، فنقصت حتى صارت ثلاثمائة وكسب العبد ثلاثمائة فأجبر نقصان القيمة بزيادة الكسب، وأعتق ثلثه، وقيمته من الستمائة، مائتان يملك به ثلث كسبه مائة فيرق ثلثاه للورثة، وقيمته من الثلاثمائة مائتان، ولهم به ثلثا كسبه مائتان، يصير معهم أربعمائة وهي مثلا ما خرج بالعتق.

ولو كانت قيمته ستمائة، فنقصت حتى صارت أربعمائة وكان على السيد دين مائة، فأُضْمِمَ الدَّين إلى نقصان القيمة، يصير الباقي منها ثلاثمائة فأجعل للعتق سهماً، وللورثة سهمين، وأُنْقِصُ من سهم العتق نصفه يعود النقصان إلى نصفه، يبقى سهمان ونصف يكون نصف سهم العتق منها خُمسها، فأعتق منه خُمسه، وقيمته من الستمائة مائة وعشرون، وأقضي المائة الدَّين من قيمته، وهي أربعمائة يبقى ثلاثمائة للورثة بأربعة أخماسه مائتان وأربعون، وهي مثلا ما خرج بالعتق.

فصل: وأما الفصل الثالث: في الجمع بين العتق في المرض والوصية بالعتق، وهما جميعاً من الثلث لكن عتق المرض مقدم على عتق الوصية، فإذا أعتق عبداً في مرضه، ووصى بعتق آخر بعد موته، فهو على أربعة أضرب:

أحدها: أن يُعَيِّنَ العبد المعتق في المرض، والعبد المعتق بالوصية، فيقول: هذا

العبد حر، وأعتقوا هذا العبد الآخر بعد موتي، فللثلث أربعة أحوال:

أحدها: أن يحتمل قيمته العبدين، فيتحرر به عتق المرض، وعتق الوصية.

والحال الثانية: أن يحتمل الثلث قيمة أحدهما دون الآخر، فيتحرر به عتق المرض، ورد عتق الوصية.

والحال الثالثة: أن يحتمل الثلث قيمة أحدهما، وبعض الآخر فيتحرر به عتق المرض كاملاً، ويعتق من عبد الوصية بقدر الباقي من الثلث، ويرق باقيه.

والحال الرابعة: أن يحتمل الثلث بعض أحدهما، ويعجز عن الباقي، فيتحرر به من عتق المرض، قدر ما احتمله الثلث، ويرق باقيه، وجميع الآخر.

والضرب الثاني: أن يبهم عتق المرض وعتق الوصية في عبيده، ولا يعينهما، فيقول في مرضه: أحد عبيدي حر، وأعتقوا أحدهم بعد موتى، فإنهما مبهمان، فوجب التعيين، وفيما يَتَعَيَّنَانِ به قولان:

أحدهما: يتعينان ببيان الورثة، فيرجع إلى بيانهم من غير قرعة، لأنهم يقومون مقامه بعد موته، فإذا عينوهما من بين العبيد صار كتعيين السيد، فيكون على ما مضى من الأحوال الأربعة.

والقول الثاني: أنه يرجع في تعيينها إلى القرعة دون الورثة، وهو أصح لأمرين:

أحدهما: أنها أبعد من التهمة.

والثاني: لتعذر علم الورثة بإرادة السيد.

فيبدأ بالقرعة بعتق المرض فإن استوعب الثلث بطل عتق الوصية، وإن بقي من الثلث بقية أقرع لعتق الوصية، فإن احتمل بقية الثلث جميع قيمته عتق، وإن عجز عتق منه بقدر ما احتمله الباقي، ورق باقيه.

والضرب الثالث: أن يعين عتق المرض، ويبهم عتق الوصية، فيقول: هذا العبد حر، وأعتقوا آخر بعد موتى، فينظر في عتق المرض. فإن استوعب الثلث بطل عتق الوصية، ولم يُحْتَجْ إلى بيانه، وإن بقي من الثلث بقية صرفت في عتق الوصية، فاحتج إلى بيانه، فيرجع إلى بيان الورثة في أحد القولين، وإلى القرعة في القول الثاني.

والضرب الرابع: أن يعين عتق الوصية، ويبهم عتق المرض فيقول: أحد عبيدي حر، وأعتقوا هذا بعد موتي، فلا تمضي الوصية بعتق المعيَّن حتى يتعين في أحدهم

عتق المرض، فيرجع في تعيينه إلى بيان الورثة في أحد القولين، وإلى القرعة في القول الثاني ثم يعتبران في الثلث، ويكونان فيه على الأحوال الأربعة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ وَقَعَتِ الْقُرْعَةُ لِمَيِّتٍ عَلِمْنَا أَنَّهُ كَانَ حُرًّا».

قال الماوردي: وأصل هذا أن العتق في المرض يقع قبل الموت، والعتق في الوصية يقع بعد الموت، وملك الورثة يستقر باليد والقبض بعد الموت، فإذا أعتق ثلاثة عبيد لا مال له غيرهم أو وصى بعتقهم ثم مات أحدهم قبل أن يتعين فيه عتق أو رق لم يخل موته من أحوال:

أحدها: أن يموت في حياة السيد، فلا يخلو العتق من أن يكون عتق وصية أو عتق مرض، فإن كان عتق وصية لم يقع عليه قرعة في عتق، ولا رق؛ لأن عتق الوصية بعد الموت، وقد مات قبله على ملك سيده، ويصير العبدان الباقيان هما التركة، فيجتمع فيهما عتق الوصية، وحق الورثة، فيقرع بينهما لعتق الوصية، ويعتق بها ثلثا من قرع ويرق للورثة باقيه، وجميع الآخر.

وإن كان عتق مرض أدخل الميت في قرعة العتق، وعند مالك: لا يدخل في قرعة العتق، لأنه يرى أن عتقه واقع بالقرعة دون اللفظ، ونحن نرى وقوع عتقه باللفظ، ودخول القرعة للتمييز، وقد مضى الكلام معه.

وإذا أوجب دخوله في القرعة لم يخل أن تقع عليه قرعة العتق أو قرعة الرق.

فإن وقعت عليه قرعة العتق بَانَ بها أنه مات حراً استوفى السيد بعتقه ما استحقه من ثلثه، ورق الآخران للورثة، ولم يؤثر موته في نقصان التركة، وإن وقعت عليه قرعة الرق لم يحتسب به على الورثة لموته قبل استحقاقهم، وصارت التركة هي العبدان الباقيان والعتق واقع فيهما، ويستأنف الإقراع بينهما، ويعتق ثلثا من قرع منهما، ويرق للورثة باقيه، وجميع الآخر.

فصل: والحال الثانية: أن يموت بعد موت السيد، وبعد قبض الورثة دخل في قرعة العتق، وقرعة الرق، ويستوي فيه عتق المرض وعتق الوصية، لأن عتق الوصية مستحق بالموت، وإن تأخر عنه، والقرعة مميزة لمن كان عتقه مستحقاً إذا صار الورثة إلى مِثْلَيْه، ويستوي فيه عتق المرض وعتق الوصية، فإن وقعت عليه قرعة العتق بَانَ أنه مات حراً، ورق الآخران للورثة، وإن وقعت قرعة العتق على أحد الباقيين عتق، ورق الآخر مع الميت، وبَانَ أنه مات على ملك الورثة، فإن كان عتق مرض لم يحتج من وقعت عليه قرعة العتق إلى تلفظ الورثة بعتقه، لتقدمه من المعتق، وإن كان عتق وصية، ففي احتياج عتقه إلى تلفظ الورثة بعتقه وجهان:

أحدهما: أنه يحتاج إلى تلفظ الورثة، لأن العتق لا يتحرر إلا بلفظ ولم يوجد من الموصي، فاعتبر من الورثة.

والوجه الثاني: لا يحتاج عتقه إلى لفظ الورثة، لأن القرعة مميزة لعتق قد وقع، ولفظ السيد بعتقه في الوصية هو الموجب لعتقه فأقنع.

فصل: والحال الثالثة: أن يموت بعد موت السيد، وقبل قبض الورثة، نظر حال عتقه.

فإن كان عتق مرض دخل في قرعة العتق، ولم يدخل في قرعة الرق، فإن وقعت عليه قرعة العتق بَانَ أنه مات حراً، ورق الآخران للورثة وإن وقعت عليه قرعة الرق بَانَ أنه مات عبداً لا يحتسب به على الورثة، واستؤنفت القرعة بين الباقيين، وعتق بها ثلثا من قرع، ورق للورثة باقيه، وجميع الآخر.

وإن كان عتقه عتق وصية، فلا يدخل في قرعة الرق، وفي دخوله في قرعة العتق وجهان:

أحدهما: لا يدخل فيها، لأن تنفيذ الوصية يلزم بعد قبض الورثة لمثليها، فعلى هذا يكون خارجاً من جملة التركة في العتق والميراث، ويقرع لعتق الوصية بين الباقيين، ويعتق من القارع ثلثاه، ويرق للورثة ثلثه، وجميع الآخر.

والوجه الثاني: أنه يدخل في قرعة العتق وإن لم يدخل في قرعة الرق لاستحقاق عتقه بالموت، فإن وقعت عليه قرعة العتق بَانَ أنه مات حراً، ورق الآخران للورثة، وإن وقعت عليه قرعة الرق خرج من التركة، وبَانَ أنه مات عبداً غير محسوب على الورثة، وأعتق من الآخرين ثُلُثا أحدهما بالقرعة.

فصل: ولو أعتق عبداً في مرضه قيمته مائة درهم، لا مال له غيره، فكسب العبد ثلاثمائة درهم، ومات قبل سيده، فإن لم يخلف وارثاً غير سيده مات حراً، لأن سيده قد ورث كسبه بالولاء، فخرج عتقه من ثلثه، وإن خلف ابناً، وحكم له بالميراث دخل في عتقه دَوْرٌ، فَرُقَّ له بعضه، وذلك بأن نجعل للعبد بالعتق سهماً وللكسب ثلاثة أسهم، وللورثة سهمين يكون جميعها ستة أسهم، فأسقط سهم العتق بموته بخروجه من التركة، يبقى خمسة أسهم، فأقسم عليها الكسب، لأنه قد صار هو التركة، يخرج قسط السهم منها ستين وأعتق منه بقدرها، فيعتق بها ثلاثة أخماسه، ويرق خمساه، وورث ابنه ثلاثة أخماس كسبه، ولم يحتسب على ورثة السيد بخمسي رقه لموته، وورثوا خمسي كسبه، وذلك مائة وعشرون درهماً، وهو مثلا ما عتق منه.

فصل: ولو أعتق عبداً في مرضه قيمته مائة درهم، وكسب العبد في حياة سيده

ثلاثمائة درهم واقترض السيد منه مائة درهم استهلكها ثم مات السيد، وترك مائة درهم قيل للعبد إن أبرأت سيدك من قرضك عتق جميعك، لأنه قد ترك مثلي قيمتك، وإن لم تبرئه دخل في عتقك دَوْرٌ رُقَّ به بعضك، فتجعل بالعتق سهماً، وبالكسب ثلاثة أسهم، وللورثة سهمين تصير ستة أسهم، والتركة بعد مائة القرض خمسمائة، فأقسمها على السهام الستة يخرج قسط السهم ثلاثة وثمانين درهماً وثلثاً، فأعتق منه بقدرها، فعتق بها خمسة أسداسه، ويملك خمسة أسداس كسبه، ويأخذ مائة قرضه من التركة، ويرق للورثة سدسه، وقيمته ستة عشر دْرهماً وثلثان، ويملكون به سدس كسبه، وهو خمسون درهماً يضمونها إلى المائة الباقية من تركته تُجْمَعُ معهم مائة وستة وستون درهما وثلثان، وهو مثلا ما عتق منه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «أَوْ لأَمَةٍ فَوَلَدَتْ عَلِمْنَا أَنَّهَا حُرَّةٌ وَوَلَدُهَا وَلَدُ حُرَّةٍ لَا أَنَّ القُرْعَةَ أَحْدَثَتْ لأَحَدٍ مِنْهُمْ عِتْقَاً يَوْمَ وَقَعَتْ إِنَّمَا وَجَبَ الْعِتْقُ حِينَ المَوْتِ بِالْقُرْعَةِ».

قال الماوردي: وصورتها: أن يعتق في مرضه أَمةً، فتلد ولداً، فهذا على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يعتقها في جملةِ عبيد، ويخرج عليها سهم العتق، فولدها يجري مجرى كسبها، وهو حر بحريتها.

والضرب الثاني: أن يعتقها في جملة عبيد، ويخرج عليها سهم الرق، فولدها يجري مجرى كسبها، وهو مرقوق برقها.

والضرب الثالث: أن يعتقها وحدها، وليس له مال غيرها، فهذا على أربعة أضرب:

أحدها: أن يكون الحمل حادثاً بعد عتقها، ومولوداً قبل موت سيدها، فيكون في حكم الكسب المحض يعتق منه بقدر ما عتق منها، ويرق منه بقدر ما رق منها، ويدخل به دور يزيد في عتقها.

فإذا كانت قيمة الأم مائة درهم قبل الولادة وبعدها، وقيمة الولد مائة درهم بعد ولادته عتق نصفها، وعتق من ولدها نصفه، تبعاً لعتقها، ورق للورثة نصفها ونصف ولدها، وقيمة النصفين مائة درهم، هي مثلا ما عتق من نصفها، ولا يتكمل العتق بالقرعة في أحدهما، لأنه عتق تلك الأم بمباشرة السيد، فترك العتق في كل واحد منهما على انفراده.

والضرب الثاني: أن يكون الحمل موجوداً وقت عتقها، ومولوداً قبل موت سيدها، ففيه قولان من اختلاف قوليه في الحمل، هل له من الثمن قسط أم لا؟

فإن قيل: لا قسط له من الثمن، وهو تبع كان كالحادث بعد عتقه، فيكون على ما مضى من كونه جارياً مجرى كسبها، ويعتق منه بقدر عتقها، ويرق منه بقدر رقها، ويدخل به دور يزيد في عتقها.

وإن قيل: إن للحمل قسطاً من الثمن كان الحمل مباشراً بالعتق مثل أمه، ويعتق من كل واحد منهما ثلثه، ولا يدخل دور في زيادة عتقها، وهل يقر عتق الثلث من كل واحد منهما أو يكمل بالقرعة من أحدهما؟ على وجهين مُحْتملَين:

• **أحدهما**: يكمل عتق الثلثين في أحدهما بالقرعة كما لو كان ذلك في عبدين.

والوجه الثاني: يقر عتق الثلث من كل واحد منهما، ولا يكمل في أحدهما، لأنه في حكم البائع لها.

والضرب الثالث: أن يكون الحمل حادثاً بعد عتقها، ومولوداً بعد موت سيدها، فلا يجري عليه حكم عتق المباشرة، لحدوثه بعد العتق.

وهل يكون لهما كسباً أو تبعاً؟ على قولين: إن قيل: للحمل قسط من الثمن كان كسباً لها اعتباراً بعلوقه فيدخل به دور في زيادة عتقها، ويكون رقه للورثة ميراثاً، فيعتق منها إذا كانت قيمة كل واحد منهما مائة درهم نِصْفُهَا، ويتبعها نصف ولدها تبعاً لها، ويرق للورثة نصفها، ونصف ولدها. وهو مثلا ما عتق منها.

وإن قيل: ليس للحمل قسط من البيع، وهو تبع اعتباراً بولادته، خرج من التركة، ولم يدخل به دَوْرٌ في زيادة العتق، وعتق ثلثها، وعتق ثلث ولدها تبعاً، لأنه من كسبها، ويكون لها ولاء ما عتق من ولدها، ولسيدها ولاء ما عتق منها على القولين معاً، ورق ثلثاها للورثة ميراثاً، ورق ثلثا ولدها للورثة ملكاً، ولا يكمل العتق بالقرعة في أحدهما، ويترك في كل واحد منهما على انفراده، لأنه عتق من كسبها، ولم يعتق على سيدها.

والضرب الرابع: أن يكون الحمل موجوداً وقت عتقها، ومولوداً بعد موت سيدها، فلا يكون الولد كسباً لها، وفيمن تكون كسباً له قولان:

أحدهما: تكون كسباً للسيد، إذا قيل: للحمل قسط من الثمن يضاف إلى تركته، ويدخل به دور يزيد في العتق، ويجريه في عمل الدور مجرى الكسب، لتماثل العتق فيهما، ولا يتفاضل، لأنه لا يجوز أن تلد بحريتها مملوكاً، ولا برقها حُرًّا فيعتق نصفها ونصف ولدها، ويعتبر ما عتق منها في ثلث السيد، ولا يعتق فيه ما عتق من ولدها،

لأنه عتق عليه بالسراية من غير اختياره، فصار كالتالف من تركته، ويكون ولاء ما عتق من الولد لسيده دون أمه، ويرق للورثة نصفها ونصف ولدها ميراثاً، وهو مثلا ما عتق منها.

والقول الثاني: يكون كسباً للأم والورثة بقدر الحرية والرق، ولا تزيد به التركة، ولا يدخل به دور في زيادة العتق، فيعتق ثلثها، وتَبِعَها في الحرية ثلث ولدها، لأنه من كسبها، ويكون ولاءُ مَا عُتِق منه لها دون سيدها، ويرق للورثة ثلثاها ميراثاً، وثلثا ولدها كسباً.

فصل: وإذا أعتق السيد في مرضه أمةً، وتزوجها ووطئها، ثم مات عنها، ففي نكاحه وجهان:

أحدهما: باطل، لأن حالها مترددة بين أن يعتق من ثلثه، فيصح نكاحها، وبين أن ترق بالدَّين، فيبطل نكاحها، ومن هذه حالها لا يصح نكاحها، لأن النكاح الموقوف باطل.

والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس بن سريج. أن النكاح ينعقد، وعقده موقوف على خروجها من ثلثه، أو إجازة ورثته لعتقه لا لنكاحهما، فإن خرجت من الثلث أو أجاز الورثة العتق صح النكاح، ولم ترث به، لأن عتقها وصية تبطل بالميراث، وإن لم يخرج من الثلث، ولم يجز الورثة العتق بطل النكاح، واتفق حكم الوجهين مع بطلانه، وفي وطئه لها وجهان:

أحدهما: يكون هدراً لا تستحق به مهراً، لتردد حالها بين أن تستحقه بعتقها أو يسقط برقها.

والوجه الثاني: يكون المهر منه مستحقاً اعتباراً بظاهر العتق، وفيه إذا كان مستحقاً وجهان حكاهما ابن سريج:

أحدهما: يكون من رأس المال اعتباراً بمهور الأحرار.

والوجه الثاني: أنه يكون من الثلث اعتباراً بعتقها أنه من الثلث.

فإذا استقر هذا لم يخل حالها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تتسع التركة لقيمتها ومهرها، فينفذ عتقها، وتستحق به جميع مهرها.

والقسم الثاني: أن يتسع لقيمتها، ويضيق عن مهرها، فيكون نفوذ عتقها في جميعها موقوفاً على إبرائها من مهرها، فإن أبرأت منه بعد العتق في جميعها، وإن طالبت به دخل به دور يبطل به من عتقها. بقدر ما تستحقه بحريتها على ما سنذكره.

والقسم الثالث: أن تضيق التركة عن قيمتها ومهرها، بأن لا يكون له مال غيرها.

مثاله: أن تكون قيمتها ثلاثمائة درهم، .ومهر مثلها مائة درهم، فإن جعلنا المهر من رأس المال جعلت لهما بالعتق سهماً، وبالمهر ثلث سهم، وجعلت للورثة سهمين تكون ثلاثة أسهم وثلثاً، فأبسطها من جنس الكسر تصر عشرة أسهم، فأعتق منها بسهم العتق، وهو ثلثه فيعتق بها ثلاثة أعشارها، وبيع منها بسهم المهر عشرها يكون هو بقدر ثلاثة أعشار مهرها، ويرق للورثة ستة أعشارها، وهو مثلا ما عتق منها.

وإن جعل المهر من الثلث جعلت ثلثها، وقيمته مائة درهم، مقسوماً بين العتق والمهر على أربعة أسهم، يكون قسط السهم خمسة وعشرين درهماً، فأعتق منها بسهام العتق، وهي ثلاثة أسهم قدرها خمسة وسبعون درهماً، فعتق بها ربعها، وبيع منها بسهم المهر وهو خمسة وعشرون درهماً بقية ثلثها، وقدره نصف السدس، وهو ربع مهرها، فقد استكمل بها ثلثها، وقيمته مائة درهم، ورق للورثة ثلثاها، وقيمته مائتا درهم، وهو مثلا ما خرج بالعتق والمهر.

فصل: ولو أعتقت امرأة عبداً لها في مرضها، وقيمته مائتا درهم، فتزوجت به على صداق مثلها، وهو مائة درهم، ففي نكاحها له وجهان كالرجل إذا أَعْتَق في مرضه أمة، وتزوجها:

أحدهما: أن نكاحها باطل، ولا شيء عليه إن لم يدخل بها، وينفرد بحكم العتق، ولا يكون للنكاح تأثير.

والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس بن سريج النكاح موقوف على خروج قيمتها من ثلثها أو إجازة ورثتها لعتقه، فيصح النكاحُ أَوْ لاَ، فيبطل.

فإن صح النكاح بكمال عتقه لم يرثها، لأن عتقها وصية يمنع الميراث منها، وإن بطل النكاح على الوجهين، وقد دخل بها، ولم يترك مالاً سواه دخل الدور في زيادة تركتها بالصداق المستحق عليه في التركة، وقيمته مائتا درهم، وما وجب عليه بعتقه من المائة الصداق، وباب دوره إذا كان واجداً لما يؤديه في الصداق من كسب ملكه عُقَيْبَ الموت أن تجعل له بالعتق سهماً، وعليه بالصداق نصف سهم، وتجعل للورثة سهمين تكون سهمين ونصفاً، وأقسم التركة عليها، وهي مائتا درهم، يخرج قسط السهم منها ثمانين درهماً، وأَعْتَق منه بالسهم خُمسَيهِ، لأن النصف الذي من الصداق يستوفَى منه، ويرق للورثة ثلاثة أخماسه، وقيمته مائة وعشرون درهماً، ويؤخذ منه خمسا الصداق أربعين درهماً. يصير مع الورثة مائة وستون درهماً، وهو مثلا ما عتق منه.

وإنما سلكت هذه الطريقة وعدلت عن حساب الجبر، لأنه ربما خفي على من لم يأنس به من الفقهاء. وبالله التوفيق.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ فِي مَرَضِهِ سَالِمٌ حُرٌّ، وَغَانِمٌ حُرٌّ وَزِيَادٌ حُرٌّ ثُمَّ مَاتَ فَإِنَّهُ يُبْدَأُ بِالأَوَّلِ فَالأَوَّلُ مَا احْتَمِلَ الثُّلُثُ لأَنَّهُ عِتْقُ بَتَاتٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح: عتق المريض وعطاياه معتبرة من ثلثه في حقوق الورثة، ومن جميع ماله في حقوق نفسه، فإن صح من مرضه غلب فيها حق نفسه، فلزم جميعها، ولم يكن له أن يرجع في شيء منها، وإن استوعبت جميع ماله.

وإن مات من مرضه غلب فيها حقوق الورثة، فردت إلى الثلث، وكان لهم رد ما زاد على الثلث إن لم يجيزوه، فإذا جمع في مرضه الذي مات فيه بين عتق وعطايا، وعجز الثلث عن جميعها قدم من ثلثه ما قدمه في حياته من عتق أو عطية، فإن قدم العتق، واستوعب به جميع الثلث أُبْطِلَت عطاياه في حقوق الورثة.

وإن قدم العطايا، واستوعب بها الثلث أبطل بها العتق تغليباً لحكم أسبقها، عتقاً كان أو عطية. وقال أبو حنيفة: إن كان في العطايا محاباة في عقد معاوضة قدمت على جميع العتق. والعطايا، وإن تأخرت، وإن لم يكن فيها محاباة قُدِّمَ الأسبق، فالأسبق من العطايا أو العتق، فخالف في المحاباة، ووافق فيما سواها، احتجاجاً بأن المحاباة معاوضة فكان حكمها أقوى وألزم من غيرها.

ودليلنا: هو أن ما تقدم اتخاذه، ووجب أن يقدم تنفيذه، كما لو كان كل العطايا محاباة أو كلها غير محاباة، وليس لاحتجاجه بأن المحاباة معاوضة وجه، لأن المعاوضة تختص بما ليس فيه محاباة، ولذلك لزم، ولم تسقط، والمحاباة عطيةٌ محضة، ولذلك سقطت ولم تلزم.

فصل: فإذا استقر هذا الأصل في تقديم الأول فالأول، فبدأ بالعتق، فقال: سالم حُرٌّ، وغانم حر، وزياد حر، ثم وهب وحابى قَدَّمْنَا ما بدأ به من عتق سالم، فإن استوعب الثلث أبطلنا عتق غانم وزياد من غير قرعة، سواء أعتقهم بلفظ متصل أو بألفاظ منفصلة، وسواء قرب ما بينهم أو بعد، تعليلاً بالتقدم، فاستوى فيه القريب والبعيد. ولو اتسع الثلث بعد عتق سالم لعتق غيره أعتقنا بعده غانماً، لأنه الثاني بعد الأول، فإن استوعب الثلث أبطلنا عتق زياد.

وإن اتسع الثلث بعد سالم وغانم لعتق ثالث أعتقنا زياداً، فإن استوعب الثلث أبطلنا ما بعدهم من الهبات والمحاباة.

وإن اتسع الثلث بعد عتقهم لهباته أو محاباته قدَّمْنَا في بقية ثلثه ما قدمه من هبة

أو محاباة حتى يستوعب جميع الثلث، ويبطل ما عجز عنه الثلث، فلو اتسع الثلث لعبد وبَعْضِ آخَرَ، وضاق عما سواه عتق جميع العبد الأول وبعض الثاني، وأبطل ما عداه من عتق وعطية.

ولو قال في مرضه: سالم وغانم وزياد أحرار، كانوا في العتق سواء، لا يقدم فيه من قدم اسمه، لأنه أعتقهم بلفظة واحدة بعد تقدم أسمائهم، فلم يتقدم عتق بعضهم على بعض وفي قوله: سالم حر وغانم حر، وزياد حر تقدم عتق بعضهم على بعض، فافترق الأمران.

ووجب إذا عجز الثلث عن عتقهم أن يقرع بينهم، وعتق بالقرعة من استوعب الثلث، ورق من عداه.

فصل: فلو أعتق في مرضه عبدين بلفظة واحدة، وليس له مال غيرهما، وقيمة أحدهما مائة درهم، وقيمة الآخر مائتان، وكسب كل واحد منهما مثل قيمته أقرع بينهما بعد موته، ويدخل بالكسب دَوْرٌ في زيادة العتق، فنجعل للعتق سهماً، وللكسب سهماً، وللورثة سهمين تكون أربعة أسهم، وتقسم التركة عليها وهي ستمائة منها ثلاثمائة قيمتها، وثلاث مائة كسبها، يخرج قسط السهم مائة وخمسين درهماً، وهو سهم العتق، فيعتق منها بقدره.

فإن وقعت قرعة العتق على من قيمته مائتا درهم عتق ثلاثة أرباعه، وملك ثلاثة أرباع كسبه، ورق ربعه بخمسين درهماً، وملك الورثة ربع كسبه خمسين درهماً، ورق لهم جميع الآخر، وقيمته مائة درهم، وملكوا به جميع كسبه، وهو مائة درهم، صار ثلاثمائة درهم، وهي مثلا ما خرج في العتق.

وإن وقعت قرعة العتق على الذي قيمته مائة درهم عتق جميعه، وربع الآخر لاستكمال الثلث، وملك الأول جميع كسبه، وملك الثاني ربع كسبه، ورق للورثة ثلاثة أرباع الثاني، وقيمة ذلك مائة وخمسون درهماً، وملكوا به ثلاثة أرباع كسبه مائة وخمسين درهماً، صار لهم بالرق والكسب ثلاثمائة درهم هي مثلا ما خرج بالعتق.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَأَمَّا كُلُّ مَا كَانَ للمُوصِي أَنْ يَرْجِعَ فِيْهِ مِنْ تَدْبِيرٍ وَغَيْرِهِ فَكُلُّهُ سَوَاءٌ».

قال الماوردي: وهذه المسألة مصورة في الوصايا بالعتق والعطايا بعد الموت، وتنقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تشتمل على العتق وحده.

والثاني: أن تشتمل على العطايا وحدها.

والثالث: أن يجتمع فيها العتق والعطايا.

فأما القسم الأول: في اشتمالها على العتق وحده، فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكون كله عتقاً، فيقول: اعتقوا عني سالماً، ثم يقول: اعتقوا عني غانماً، ثم يقول: اعتقوا عني زياداً، فكلهم في الوصية بعتقهم سواء لا يقدم فيهم من قُدِّمَ الوصية به، بخلاف عتقه الناجز في مرضه الذي تقدم فيه مَنْ قَدَّمَه.

والفرق بينهما: أن العتق بالوصايا مستحق بالموت الذي يتساوون فيه، وفي المرض مستحق باللفظ الذي يقدمون به، فلذلك قدم في المرض عتق الأول، ولم يقدم في الوصية عتق الأول، وأقرع بينهم إن عجز الثلث عنهم، وأكسابُ جميعهم قبل الموت تركةٌ.

والضرب الثاني: أن يكون كل عتقه تدبيراً، فيقول: إذا مت، فسالم حر، ثم يقول إذا مت، فغانم حر، ثم يقول: إذا مت، فزياد حر، ففيه وجهان:

أحدهما: أنهم يتقدمون في الثلث على ترتيب من قدم، فيعتق الأول إن استوعب الثلث، ورق الثاني والثالث.

ولو اتسع الثلث لاثنين عتق الأول والثاني، ورق الثالث اعتباراً بالعتق في المرض، ولا تستعمل فيهم القرعة، لأنه عتق ناجز بالموت لا يقف على الورثة.

والوجه الثاني: وَهُوَ المَذْهَبُ: أنهم سواء لا يتقدمون على الترتيب لوقوع ذلك بالموت الذي يتماثلون فيه.

فإن عجز الثلث عنهم، ولم يتسع لجميعهم ففيه وجهان:

أحدهما: وهو المذهب: أنه يقرع بينهم، ويعتق منهم من احتمله الثلث، ويسترق من عجز عنه.

والوجه الثاني: أنه يعتق من كل واحد منهم قدر ما احتمله الثلث، ويسترق باقيه، ولا يقرع بينهم في تكميل الحرية.

فإن احتمل الثلث نصف قيمتهم عتق من كل واحد نصفه، ورق نصفه، وإن احتمل الثلث ربع قيمتهم عتق من كل واحد ربعه، ورق ثلاثة أرباعه اعتباراً بالوصايا، والأول أصح لفرق ما بين العتق والوصايا.

والضرب الثالث: أن يكون عتقه مشتملاً على وصية بالعتق، وعلى تدبير يتحرر بالموت، ففيه قولان:

أحدهما: يقدم التدبير على العتق، لتقدم نفوذه بالموت، فإن استغرق الثلث بطل به عتق الوصية.

والقول الثاني: وهو الظاهر من المذهب: أنهما سواء، لأن عتق جميعهم مستحق بالموت، فإن ضاق الثلث عن جميعهم أقرع بينهم، وفي القرعة وجهان:

أحدهما: يفرد كل فريق، ويقرع بين عتق التدبير، وعتق الوصية، فإذا وقعت قرعة العتق على أحدهما، وقد استوعب الثلث عتق ورق الفريق والآخر وصيةً كان أو تدبيراً.

والوجه الثاني: يجمع في القرعة بين الفريقين واستوعب بالثلث من وقعت القرعة عليه من كل واحد من الفريقين، ورق من عداه من الفريقين.

فصل: وأما القسم الثاني: في اشتمال الوصية على العطايا دون العتق، فجميع أهلها يتحاصون في الثلث إذا ضاق عنها، يستوي فيه من تقدمت الوصية له ومن تأخرت، وسواء كان هبة أو محاباة، وأحسب أبا حنيفة يوافق على هذا، ويستهمون في الثلث على قدر وصاياهم إذا اختلفت مقاديرها، فإن رد بعضهم الوصية توفرت على الباقين في زيادة حقوقهم، ولم يقدم بعضهم بالقرعة على بعض بخلاف العتق الموجب لتكميله بالقرعة في بعضهم، لما قدمنا من الفرق بينهما.

ولهذا الفصل أحكام قد تقدم ذكرها في الوصايا، وما حدث من نتاج ماشية أو ثمار نخيل أو كسب عبيد قبل موت الموصي تركة يتسع لها الثلث في تنفيذ الوصايا، وما حدث بعد موته للورثة لا يتسع لها الثلث في حقوق أهل الوصايا. وأما في قضاء الديون منها إذا ضاقت التركة عنها، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو مذهب الشافعي: لا تقضى منها الديون كما لم تنفذ منها الوصايا.

والوجه الثاني: وهو قول أبي سعيد الإصطخري: تقضى منها الديون، وإن لم تنفذ منها الوصايا لحدوثها عن التركة المستحقة في الديون بخلاف الوصايا، لأن للورثة شركة في الوصايا بالثلثين، وليس لهم شركة في الدين.

فصل: وأما القسم الثالث من اشتمال الوصية على العتق والعطايا إذا ضاق الثلث عنهما، ففيه قولان:

أحدهما: يقدم العتق على الوصايا، لدخوله في حقوق الله تعالى، وقوته بالسراية.

والقول الثاني: أنهما سواء لاعتبارهما من الثلث واستحقاقهما بالموت فيقسط الثلث عليهما بالحصص، فما حصل للعتق أقرع بينهم فيه، وما حصل للعطايا اشتركوا

فيه، ولم يقرعوا، فلو اجتمع مع العطايا عتق وتدبير، ففيه ثلاثة أقاويل:

أحدها: يقدم التدبير عند ضيق الثلث عن العتق والعطايا لانتجازه بالموت، فإن فضل عن التدبير صرف في العتق دون الوصايا.

والقول الثاني: يشترك بين التدبير والعتق، ويقدمان على العطايا.

والقول الثالث: أن كل ذلك سواء، ويقسط الثلث على الجميع بالحصص، ثم يكون الإقراع في سهم العتق والتدبير على ما ذكرنا.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ شَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ وَصِيَّةً وَهُوَ الثُّلُثُ وَشَهِدَ وَارِثَانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْداً غَيْرَ وَصِيَّةٍ وَهُوَ الثُّلُثُ أَعْتَقَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهُ (قَالَ المُزَنِيُّ) إِذَا أَجَازَ الشَّهَادَتَيْنِ فَقَدْ ثَبَتَ عِتْقُ عَبْدَيْنِ وَهُمَا ثُلُثَا المَيِّتِ فَمَعْنَاهُ أَنْ يُقْرِعَ بَيْنَهُمَا».

قال الماوردي: قد مضت هذه المسألة وسنذكر ما نتج فيها من زيادة.

فإذا شهد أجنبيان أنه وصى بعتق عبده سالم، وقيمته الثلث، وشَهِدَ وارثان بأنه وصى بعتق عبده غانم، وقيمته الثلث لم يخل حال الوارثين من أن يكونا عدلين أو مجروحين، فإن كانا عدلين قبلت شهادتهما، لسلامتها من معاني الرد، وقد ثبت بالشهادتين عتق عبدين، وهما ثلثا الميت، فيقرع بينهما، ليكمل بالقرعة عتق أحدهما على ما ذكره المزني.

وإنما قال الشافعي: «أعتق من كل واحد منهما نصفه» إشارةً إلى أن الشهادة أوجبت أن يُعتق من كل واحد منهما نصفه، والشرع قد أوجب أن يكمل العتق في أحدهما بالقرعة، فإذا أقرع بينهما، ووقعت قرعة العتق على من شهد الوارثان بعتقه أمضى على هذا، ورق من شهد الأجنبيان بعتقه، وإن وقعت قرعة العتق على من شهد الأحنبيان بعتقه عتق، ونظر ما يقوله الوارثان في شهادة الأجنبيين، فإن صدقاهما رق لهما من شهدا بعتقه، وإن كذباهما لم يسترق من شهدا بعتقه إذا اتسع له ثلث الباقي.

وإن كان الوارثان مجروحين لم تقبل شهادتهما، وأعتق من شهد الأجنبيان بعتقه، ونظر قول الوارثين في شهادة الأجنبيين، فإن صدقاهما رق لهما من شهدا بعتقه، ويكون التأثير في رد شهادتهما إبطال القرعة.

وإن كذباهما لزمهما أن يعتقا ممن شهدا بعتقه قدر ما احتمله الثلث بعد خروج الأول من التركة، ويسترقا منه ما عجز عنه الثلث.

ولو شهد الأجنبيان بعتق سالم في المرض، وشهد الوارثان بعتق غانم وصية بعد الموت، وليس بينهما تكاذب عتق سالم، ورق غانم، لأن عتق المرض مقدم على عتق

الوصية، وكان للوارثين أن يسترقا من شهدا بعتقه في الوصية لعجز الثلث عنه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ لِعَشْرَةِ أَعْبُدٍ لَهُ أَحَدُكُمْ حُرٌّ سَأَلْنَا الْوَرَثَةَ فَإِنْ قَالُوا لاَ نَعْلَمُ أُقْرِعَ بَيْنَهُمْ وَأُعْتِقَ أَحَدُهُمْ كَانَ أَقَلَّهُمْ قِيْمَةً أَوْ أَكْثَرَهُمْ».

قال الماوردي: وإطلاق قوله: لِعشرة أعبد له، أحدكم حر، ولم يُسَمِّه ينقسم قسمين:

أحدهما: أن يقصد بإطلاقه تعيين العتق في أحدهم، فهو الحر من بينهم، ويرجع إليه في بيانه منهم، فإن بينه، فقال: هو سالم عتق، وكان بيانه خبراً، ورق من سواه.

فلو قال: هو سالم أو غانم رق من سواهما، وأخذ ببيان من أراده منهما. ولو قال: هو سالم لا بل غانم عتقا معاً، لأنه صار راجعاً عن سالم، ومقراً بغانم فلزمه إقراره، ولم يقبل رجوعه، ورق من عدا سالماً وغانماً من عبيده، فإن أكذبه أحدهم، وادعى أنه هو المعين بالعتق أحلف له السيد، وكان على رقه، وإن نكل السيد ردت اليمين على العبد، فإذا حلف عتق، فإن فات بيان السيد حتى مات رجع بعده إلى بيان ورثته إن كان عندهم بيان، وقام بيانهم مقام بيانه، لأنهم في ماله بمثابته، وإن لم يكن عند الورثة بيان، فمذهب الشافعي أنه يقرع بينهم، ويعتق من قرع منهم، ويسترق باقيهم، لأن القرعة موضوعة لتمييز الحرية من الرق.

وذهب أصحابه إلى المنع من القرعة، وتوقفهم على بيان قاطع، لأن دخول القرعة يفضي إلى رق من أعتقه، وعتق من أرقه، وهذا فاسد، لأن البيان فائت، ووقوف أمرهم مضر بالحر في حق نفسه، ومضر بالأرقاء في حقوق الورثة، فلم ينتف الضرر في الجهتين إلا بالقرعة.

فصل: والقسم الثاني: أن يبهم العتق فيهم، ولا يقصد تعيينه في أحدهم، فيؤخذ بتعيينه، ويكون في التعيين على خياره، فإذا عينه في أحدهم عتق، ورق من سواه، وسواء كان أكثرهم قيمة أو أقلهم، فلو ادعى غيره التعيين لم تسمع دعواه، لأنه في هذا التعيين مخبر وليس بمخير، فلو قال عند التعيين: هو سالم لا بل غانم عتق سالم دون غانم بخلافه في القسم الأول، لأن هذا تخيير في تعيين عتق قد لزم، فإذا عينه في الأول سقط خياره في الثاني، وليس كذلك حكمه في القسم الأول، لأنه إخبار لا خيار له فيه، فلم يسقط حكم خبره في واحد منهما، فإن فات تعيينه للعتق بموته، فقد اختلف أصحابنا: هل يقوم ورثته مقامه في التعيين؟ على وجهين:

أحدهما: يقومون مقامه فيه، ولهم أن يعينوا ما أبهمه من العتق فيمن أرادوا، لأنهم يقومون مقامه في حقوق الأموال.

والوجه الثاني: لا حق لهم في تعيين ما أبهمه، لأن تعيين المبهم موقوف على خيار المعتق بحسب غرضه، وهذا معدوم في ورثته، فعلى هذا يعدل إلى تعيينه بالقرعة، ويعتق منهم من قرع.

فصل: وإذا أعتق في مرضه عبداً قيمته مائة درهم وترك مائتي درهم ديناً أو غائبة لم يعجل عتق جميعه، وإن كان خارجاً من ثلث التركة لو نضت لجواز أن يقوى الدَّين أو تتلف الغائبة، وعجل عتق ثلثه، ووقف ثلثاه متردداً بين العتق إن نضت والرق إن تلفت، وملك ثلث كسبه المستحق بعتقه.

فأما ثلثا كسبه المستحق بالموقوف عنه، فله أن ينفق منه على نفسه ثلثي نفقته، وفي الباقي منه وجهان:

أحدهما: يكون موقوفاً معه، فإن عتق باقيه كان له، وإن رق كان للورثة، لأن كسبه نفع له.

والوجه الثاني: أنه يكون للورثة لئلا يمتنعوا من الانتفاع بالوقف، فعلى هذا إن رق باقيه استقر ملكهم على ما أخذوه من كسبه، لاستقرار ملكهم على رقه، وإن عتق باقيه، ففي وجوب رده عليه وجهان:

أحدهما: يرده الورثة عليه، لأن كسب الحر لا يملك عليه.

والوجه الثاني: لا يلزمهم رده عليه، لأن حكم الرق في حال الوقف أغلب من حكم الحرية، فإن نَضَّ من الدَّين أو الغائب مائة، وبقيت مائة عتق منه ثلث آخر، وكان حكمه كحكم الثلث الأول، وكان ثلثه موقوفاً على نض ما بقي، ويمنع الورثة من بيع ما وقف منه، ومن رهنه، لأن الرهن موضوع للبيع.

فأما إجارته، فإذا راضاهم العبد عليها جاز، وإن منعهم منها، ففيها وجهان بناءً على اختلاف الوجهين في كسبه: هل يكون موقوفاً أو لورثته.

أحدهما: يمنعون منها إذا جعل كسبه موقوفاً.

والوجه الثاني: يمكنون منها إذا جعل كسبه لهم، فإن أعتقه الورثة ما وقف منه لم يعتق، وإن ملكوه، لأنه موقوف على عتق موروثهم، فلم ينفذ فيه عتق غيره إلا بعد إبطال عتقه، ولو دَبَّرُوهُ كان في تدبيرهم وجهان:

أحدهما: باطل كالعتق.

والثاني: جائز لتأخير العتق به، وتغليب حكم الرق عليه، والله أعلم بالصواب.

بَابُ مَنْ يَعْتِقُ بِالْمِلْكِ وَفِيْهِ ذِكْرُ عِتْقِ السَّائِبَةِ وَلَا وَلَاءَ إِلَّا لِمُعْتِقٍ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «مَنْ مَلَكَ أَحَداً مِنْ آبَائِهِ أَوْ أُمَّهَاتِهِ أَوْ أَجْدَادِهِ أَوْ جَدَّاتِهِ أَوْ وَلَدِهِ أَوْ وَلَدِ بَنِيْهِ أَوْ بَنَاتِهِ عُتِقَ بَعْدَ مِلْكِهِ بَعُدَ مِنْهُ الْوَلَدُ أَوْ قَرُبَ الْمَوْلُودُ وَلَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ سِوَى مَنْ سَمَّيْتُ بِحَالٍ».

قال الماوردي: وهو كما قال؛ وقال داود: لا يعتق عليه أحد منهم بالملك، ويقر ملكه على جميعهم إلا الوالد يؤخذ بعتقه بعد ثبوت ملكه احتجاجاً بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لَا يُجْزِىءُ وَلَدٌ وَالِدَهُ إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكاً فَيشْتَرِيْهِ فَيُعْتِقَهُ»[1] فخص الوالد من بينهم بوجوب ابتياعه، واستئناف عتقه بعد ملكه، فدل على أنه لا يعتق عليه بالملك أحد.

ودليلنا عليه: قول الله تعالى: ﴿وَقَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَنُ وَلَداً سُبْحَانَهُ بَلْ عِبَادٌ مُكْرَمُونَ﴾ [الأنبياء: ٢٦].

فدل على أنه لما كانوا عباداً لم يجز أن يكونوا أولاداً، فانتفى بذلك استقرار ملك على ولد.

وروى قتادة عن الحسن عن سمرة وروى سفيان الثوري عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ عُتِقَ عَلَيْهِ»[2] وهذا نَصٌّ يوجب العتق، ويمنع من ثبوت الملك، ولأن بين الوالد والولد بعضية، فلما لم يجز أن يملك نفسه لم يجز أن يملك بعضه، لأن البعض تابع للكل.

فأما الجواب عن الخبر فهو بأن يكون دليلاً لنا أشبه من أن يكون دليلاً علينا، لأن قوله: «فَيَشْتَرِيَهِ فَيُعْتِقَهُ» أي فيعتق عليه، فعبر عن العتق بالإعتاق، كما قال ﷺ: «يا

---

(١) مسلم ٢/ ١١٤٨ (٢٥/ ١٥١٠).

(٢) أحمد ٥/ ٢٠ وأبو داود ٤/ ٢٥٩ (٣٩٤٩) والترمذي ٣/ ٦٤٦ (١٣٦٥) وابن ماجه ٢/ ٨٤٣ (٢٥٢٤) والحاكم ٢/ ٢١٤.

كَعْبُ النَّاسِ غَادِيَانِ: بَائِعٌ نَفْسَهُ فَمُوبِقُهَا وَمُشْتَرٍ نَفْسَهُ فَمُعْتِقُهَا»[1] أي فيعتق.

فصل: فإذا ثبت أن في الإنسان ما يوجب العتق، ويمنع من ثبوت الملك، فقد اختلف الفقهاء فيمن يعتق به، فذهب الشافعي أنه يعتق عليه مَنْ ملكه مِنْ والديه، ومولوديه، فوالدوه آباؤه، وأمهاته، وأجداده، وجداته.

ومولودوه: أبناؤه، وبناته، وأولاد بنيه، وأولاد بناته، ويستوي فيه من قرب منهم، ومن بعد، ولا يعتق عليه بعد الوالدين والمولودين أحد من المناسبين ولا من ذوي الأرحام، وإن كانوا ذوي محارم كالإخوة والأخوات، والأعمام، والعمات، والأخوال، والخالات.

وزاد مالك على قولنا، فأعتق مع الوالدين والمولودين، الإخوة والأخوات دون الأعمام والعمات، لأنهم قد شاركوا في الصُّلب وراكضوا في الرحم.

وقال أبو حنيفة: يعتق بالنسب كل ذي رحم محرم، فأدخل فيهم الأعمام، والعمات، والأخوال والخالات، دون أولادهم احتجاجاً بقول النبي ﷺ «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ عُتِقَ عَلَيْهِ» وقياساً على الوالدين والمولودين بعلة أنهم ذوو رحم محرم.

ودليلنا قول النبي ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ» فاقتضى عموم هذا الظاهر إقرار ملكه على كل مملوك من أخ أو عم إلا من خصه الدليل من والد أو ولد، ولأن كل شخصين لا ولادة بينهما لم يعتق أحدهما على الآخر بالملك قياساً على ابن العم. ولأن كل قرابة لا تتضمن رد الشهادة لم يعتق بالملك قياساً على بني الأعمام طرداً، . وعلى الوالدين والمولودين عكساً. فأما الجواب عن الخبر، فمن وجهين:

أحدهما: أن أصحاب الحديث قد أَعَلَّوْهُ، لأنه ورد من طريقين:

أحدهما: الحسن عن سمرة، ولم يثبت أصحاب الحديث عن الحسن عن سمرة، وهو مرسل.

والطريق الثاني: سفيان الثوري عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر، ولم يروه من أصحاب سفيان إلا ضمرة بن ربيعة وهو مضعوف من بين أصحاب الثّقات.

والجواب الثاني: أنه مقصور على الوالدين والمولودين، لأن حقيقة الرحم في اللغة مختصة بالولادة، وتطلق على غيرها مجازاً، والأحكام الشرعية تتعلق بحقائق الأسماء دون مجازها.

---

(١) انظر التمهيد لابن عبد البر ٢/ ٣٠٣.

وأما الجواب عن قياسه على الوالدين والمولودين بعلة أنهم ذوو رحم محرم، فمن وجهين:

أحدهما: أنه تعليل لا يصح في ذَكَرَيْنِ، ولا في أُنْثَيَيْنِ، لأنه لا محرم بين ذكرين ولا بين أنثيين، وإنما المحرم بين الذكر والأنثى، فبطل التعليل بالمحرم، لأن حكم الذكرين والأنثيين كحكم الذكر والأنثى.

والجواب الثاني: أنه تعليل يوجب اعتبار العتق بالنكاح وهما مفترقان، لأن النكاح أعم تحريماً من العتق، لأنه يتجاوز تحريم النسب إلى تحريم السبب من رضاع ومصاهرة، والعتق يقصر عنه في السبب، فقصر عنه في النسب. ولئن كان إبراهيم النخعي قد أعتق كل مُحَرَّمَةٍ بنسب وسبب، فإن أبا حنيفة لا يعتق المحرمة بالسبب من رضاع أو مصاهرة، وإنما يعتقها بالنسب من أبوة أو بنوة، فكان التعليل بها أولى من التعليل بالتحريم.

فصل: إذا زنى وأولد بنتاً لم تعتق عليه إذا ملكها.

وقال أبو حنيفة: تعتق عليه احتجاجاً بأنها مخلوقة من مائه كالمولودة من نكاح.

ودليلنا أنها ولادة لا يتعلق بها ثبوت النسب، فلم يتعلق بها وقوع العتق، قياساً على المَزْنِيِّ بها إذا كانت ذات زوج، ولأن ما لم يستحق به النفقة لم يقع به العتق قياساً على غير ذي المحرم.

والجواب عن قياسه من وجهين:

أحدهما: الامتناع من تسليم خلقها من مائه.

والثاني: أن لمائه في الزوجة حرمة توجب ثبوت النسب، فأوجبت وقوع العتق، وليس لمائه في الزانية حرمة يثبت بها النسب فلم يكن له حرمة يقع بها العتق.

فصل: فإذا تقرر أن الذي يعتق بالملك هم الوالدون والمولودون خاصة دون غيرهم من جميع الأقارب والمناسبين، فبأي سبب ملكهم من ابتياع أو هبة أو ميراث عُتقوا به.

واختلف أصحابنا فيما عتقوا به على وجهين:

أحدهما: أنهم عتقوا عليه بالسبب الذي ملكهم به فإن ملكهم بابتياع كان العقد موجباً للملك والعتق، فعلى هذا يسقط فيه خيار البائع والمشتري، ويكون حكم هذا الابتياع جارياً مجرى قوله للبائع: أعتق عبدك عني بألف، فلا يكون لواحد منهما فيه خيار بعد عتقه.

والوجه الثاني: أنهم عتقوا بعد استقرار العقد الذي ملكهم به ليكون بالعقد مالكاً، وبالملك معتقاً، لأن العقد الواحد لا يجوز أن يكون موجباً لإثبات الملك ولإزالته في حال واحدة، لتنافيهما، فعلى هذا يثبت فيه خيار المجلس في حق البائع، وفي ثبوته في حق المشتري وجهان من اختلاف قوليه: هل يملك بالعقد أو بنفس الخيار

أحدهما: لا خيار له إذا جعل مالكاً بالعقد، فإن اختار البائع الفسخ انتقض به العتق، وإن اختار الإمضاء استقرَّ العتق.

والوجه الثاني: له الخيار إذا جعل مالكاً بانقضاء الخيار، ويكون خياره مستحقاً وله الفسخ به ما لم يختر البائع الإمضاء، فإذا اختار الإمضاء سقط خيار المشتري، وكان إمضاء البائع قطعاً لخياره وخيار المشتري.

فصل: وإذا وهب له من يعتق عليه من والد أو ولد لم يعتق عليه بالعقد، وعتق عليه بالقبض، لأنه يصير بالقبض مالكاً.

فإن قيل: إن الهبة توجب المكافأة لم يلزمه قبولها، وكان في القبول مخيراً.

وإن قيل: إن المكافأة لا تجب ففي وجوب قبولها وجهان:

أحدهما: يجب عليه القبول ليعتق عليه من هو مأخوذ بحقه، فعلى هذا لو قال السيد لعبده: أنت حر إن شئت، فعليه ان يشاء ليعتق بالمشيئة.

والوجه الثاني: لا يجب عليه القبول، لما يتعلق عليه بالقبول من حقوق لا تجب عليه قبل القبول، فعلى هذا إن قال السيد لعبده، أنت حر إن شئت لم يجب عليه أن يشاء، وكان في المشيئة مخيراً.

وإذا وصى له بمن يعتق عليه، فليس في قبول الوصية مكافأة، وفي وجوب قبولها وجهان على ما مضى.

فصل: فإذا ابتاع في مرضه من يعتق عليه من والد أو ولد كان ثمنه معتبراً من ثلثه كعتقه في مرضه، فإن احتمله الثلث مع الابتياع عتق عليه، واختلف أصحابنا في توريثه، فذهب أبو العباس بن سريج وجمهورهم إلى أنه لا يورث، لأن عتقه لما اعتبر من الثلث كان وصية له، ولا تجتمع الوصية والميراث.

وذهبت طائفة منهم أبو الحسين بن اللبان الفرضي إلى أنه يورث، لأن المعتبر من الثلث هو الثمن، وهو حق للبائع، فخرج أن يكون وصية لهذا المعتق، فإن ضاق الثلث عن ثمنه، ولم يملك غيره ففيه وجهان:

أحدهما: يمضي البيع في جميعه، ويعتق عليه ثلثه، ويرق ثلثاه لورثته، ليصير لهم مثلا ما عتق منه، فإن كان ممن يعتق عليهم عتق من ملكهم، وكان لهم ولاء ثلثيه، وللمورث ولاء ثلثه. وإن كانوا ممن لا يعتق عليهم كان ثلثاه باقياً على رقهم.

والوجه الثاني: أنه يمضي البيع في ثلثه ويفسخ في ثلثيه إذا رضي البائع بتفريق الصفقة عليه، فإن لم يرض بتفريقها، ففي فسخه وجهان: من اختلاف الوجهين في عتقه: هل وقع بالعقد أو بعد استقراره؟:

أحدهما: ليس له الفسخ إذا قيل: إن العتق وقع بالعقد.

والوجه الثاني: له الفسخ إذا قيل إن العتق وقع بعد استقرار العقد.

فإن جوز له الفسخ ففسخ عاد رقيقاً إلى ملك البائع، وعاد إلى الورثة جميع الثمن.

وإن منع من الفسخ أمضى البيع في ثلثه، وعتق على مشتريه، وفسخ البيع في ثلثيه، ورد على بائعه، واسترجع منه ثلثا الثمن، ولم يجعل لهم ثلثا الرقبة، لأنهم لا يملكون بالميراث إلا ما ملكه الموروث، والموروث لا يجوز أن يستقر ملكه عليه، فلم يستقر ملك ورثته عليه، فلذلك عدل عن توريث رقبته إلى توريث ثمنه، وإن كان ثلثاه مسترقاً في الحالين.

فصل: وإذا اشترى أباه في مرضه بمائتي درهم، وقيمته مائة درهم، وترك مائة درهم، ففيه لأصحابنا ثلاثة أوجه:

أحدها: يجعل العتق مقسوماً على العتق والمحاباة، والعتق مائة، والمحاباة مائة، والتركة ثلاثمائة فيعتق من الأب نصفه بمائة درهم، نصفها عتق ونصفها محاباة، ويفسخ البيع في نصفه بمائة درهم، يدفع إلى ورثته مع المائة التي تركها، يصير معهم مائتا درهم هي مثلا ما خرج بالعتق والمحاباة.

والوجه الثاني: تقدم المحاباة في الثلث على العتق، لأنها أصل للعتق، وهي مستوعبة للثلث، ويرق الأب للورثة إن كان ممن لا يعتق عليهم، وقيمته مائة درهم تضم إلى المائة يصير معهم مائتا درهم هي مثلا ما خرج بالمحاباة.

والوجه الثالث: يفسخ فيه البيع، ويعاد إلى رق البائع حتى لا يورث عن غير ملك، ويسترجع الورثة جميع ثمنه، ويبطل بذلك حكم العتق والمحاباة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ مَلَكَ شِقْصاً مِن أَحَدٍ مِنْهُمْ بِغَيْرِ مِيْرَاثٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ مَا بَقِيَ إِنْ كَانَ مُوسِراً وَرَقَّ بَاقِيْهِ إِنْ كَانَ مُعْسِراً».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا ملك باختياره شِقْصَاً ممن يعتق عليه بالملك من والد أو ولد عتق ما ملكه منه كما يعتق عليه إذا ملكه كله، وكان كمن أعتق شِقْصَاً له من عبد، ويعتبر حاله بعد عتق الشقص عليه، فإن كان موسراً لقيمة باقيه قوم عليه، وعتق جميعه، وإن كان معسراً به رق باقيه لمالكه، وكان العتق بالملك، وإن لم يتلفظ به جارياً مجرى عتق المباشرة إذا تلفظ به، وسواء ملك الشِّقْص بعقد معاوضة من بيع أو صلح أو ملكه بغير معاوضة من هبة أو وصية، لثبوت ملكه في الحالين، فاستويا في وقوع العتق ووجوب التقويم، ولو كان محجوراً عليه بالسَّفَه لم يصح أن يملكه بعقد معاوضة، وصح أن يملكه بهبة أو وصية، ويعتق عليه ما ملك منه، وفي تقويم باقيه عليه إن كان موسراً به وجهان:

أحدهما: لا يقوَّم عليه، لأنه بالحجر كالمعسر.

والوجه الثاني: يقوم عليه لاستحقاقه بالشرع كالنفقات وأُرُوشِ الجنايات.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ وَرِثَ مِنْهُ شِقصاً عُتِقَ وَلَمْ يُقَوَّم عَلَيْهِ وَإِنْ وَهَبَ لِصَبِيٍّ مَنْ يُعْتَقُ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: وهو كما قال: لأنه يملك بالميراث من غير اختيار، فعتق عليه ما ورثه منه، لدخوله في ملكه، ولم يقوم عليه ما بقي منه لعدم اختياره، كمن وصى بعتق عبده، وخرج بعضه من ثلثه رق باقيه لورثته، ولم يقوَّم عليهم في عتقه. لدخوله في ملكهم بغير اختيارهم.

فلو ابتاع شقصاً من أبيه وهو لا يعلم أنه أبوه، ثم علم، عُتِق عليه ما ملكه منه، وقُوِّمَ عليه باقيه، لأنه ملكه باختياره، وعتق عليه باختياره والتقويم معتبر باختيار الملك ولا يعتبر باختيار العتق.

ولو غُنِمَ أَبُوه، وهو أحد شركاء غانميه، فإن لم يكن في الغنيمة غير أبيه أحد تعين حقه فيه، فينظر فإن باشر غنيمته عُتق عليه سَهْمُهُ منه، وقُوِّمَ عليه باقيه، لأنه قد ملكه باختياره، وعتق عليه بغير اختياره، وإن لم يعلم به، وإن غنمه شركاؤه، ولم يباشر غنيمته عتق عليه سهمه منه، ولم يقوم عليه باقيه، لأنه ملكه بغير اختياره، وعتق عليه بغير اختياره.

وإن كان في الغنيمة غير أبيه، فقد اختلف أصحابنا فيما يملكه الغانمون بحضور الوقعة، وإجازة الغنائم على وجهين:

أحدهما: أنهم ملكوا بالحضور أن يتملكوا الغنيمة، ولا يملكونها إلا بالقسمة فعلى هذا ينظر.

فإن حصل أبوه في سهم غيره لم يعتق عليه شيء منه، وإن حصل في سهمه عتق عليه، وإن حصل بعضه في سهمه قوم عليه باقيه، سواء باشر غنيمته أو لم يباشرها، لأنه بأخذه في سهمه قد صار مالكاً له باختياره.

والوجه الثاني: أنهم قد ملكوا الغنيمة بالحضور قبل القسمة سائغة بينهم في جميع الأصناف، ثم تنتقل بالقسمة إلى ما تعين لكل واحد منهم، فعلى هذا تكون كما لو لم يكن في القسمة غير أبيه، فيعتق عليه سهمه قبل القسمة، ولا يقوّم عليه باقيه إذا لم يباشر غنيمته إلا أن يحصل بالقسمة في سهمه، فيعتق بها.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «أَوْ أَوْصَى لَهُ بِهِ وَلاَ مِلْكَ لَهُ وَلَهُ وَصِيٌّ كَانَ عَلَيْهِ قَبُولُ هَذَا كُلِّهِ وَيُعْتَقُ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ مُوسِراً لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَقْبَل لأَنَّ عَلَى المُوسِرِ عِتْقَ مَا بَقِيَ وَإِنْ قَبِلَهُ فَمَرْدُودٌ وَقَالَ فِي كِتَابِ الوَصَايَا يُعْتَقُ مَا مَلَكَ الصَّبِيُّ وَلاَ يُقَوَّمُ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: وصورتها: في مولى عليه لصغر أو جنون، وُهِبَ له من يعتق عليه من والد أو ولد، أوْ وُصِّيَ له به، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يوهب له جميعه، فإن وهب له جميع أبيه لم يخل حال الأب من أن يكون مكتسباً أو غير مكتسب.

فإن كان مكتسباً وجب على وَلي المولى عليه أن يقبله عنه، سواء كان موسراً أو معسراً، لأنه يزول به رق أبيه، ويملك به الولاء عليه وإن مات ورثه، وإن عاش واحتاج الولد التزم نفقته، فاستفاد بالقبول حقوقاً لم يجز للولي أن يضيعها عليه، فإن امتنع الولي من القبول قبله الحاكم في حقه لظهور المصلحة في قبوله.

وإن كان الأب زَمِناً غير مُكْتَسِبٍ لم يخل حال ولده المولى عليه من أن يكون موسراً أو معسراً. فإن كان معسراً وجب على وليه أن يقبل له الوصية به، لأنه يستفيد بالقبول عتق أبيه واستحقاق الولاء عليه.

والوجه الثاني: يمنع الولي من قبوله، لما في القبول من التزام نفقته، فصار عائداً بالضرر على الولد.

فصل: والضرب الثاني: أن تكون الهبة أو الوصية، بِشِقْصٍ من أبيه لا بجميعه، فللولد حالتان: موسر، ومعسر.

فإن كان معسراً وجب على وليه قبول الوصية بالشقص من الأب، لأنه يعتق عليه ما يملكه بالوصية، ويملك به الولاء، ولا يقوّم عليه الباقي بالإعسار، فعاد بنفع لا

ضرر معه، وسواء كان الأب مكتسباً أو غير مكتسب، لأن نفقته لا تلزمه مع إعساره. وإن كان موسراً، ففي قبول الولي للشِّقْصِ من الأب قولان:

أحدهما: لا يقبله، لأن قبوله موجب لتقويم باقيه على الولد وذلك ضرر يثلم به ماله.

والقول الثاني: يقبله، ولا يقوّم عليه الباقي، لأنه بالحجر عليه كالمعسر.

فإن قيل: فإذا لم يقوّم عليه الباقي لهذا المعنى، فلِمَ منع الولي من القبول في القول الأول؟

قيل: لأن المنع من التقويم اجتهاد ربما رأى بعض الحكام خلافه، فقوم فصار القبول معرضاً لدخول الضرر والله أعلم بالصواب.

بَابٌ فِي الْوَلاءِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «أَخْبَرَنَا مُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِيْنَارِ عَنْ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قالَ: «الوَلاَءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ لاَ يُبَاعُ وَلاَ يُوهَبُ».

قال الماوردي: أما الولاء، فهو مستحق بالعتق يملكه المعتق على من عتق عليه بعد رقه من عبد أو أمة بمباشرة أو سبب في واجب أو تطوع يجري مجرى النسب في التوارث به بعد النسب.

والأصل في ثبوته بالسنّة ما روى الشافعي رحمه الله عن العراقيين الحديث المقدم عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «الْوَلاَءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ لاَ يُبَاعُ وَلاَ يُوْهَبُ»[1]. ولم يرو الشافعي عن العراقيين غير هذا الحديث، وقد طعن فيه أصحاب الحديث، وقالوا: لم يرو عبد الله بن دينار عن ابن عمر هذا الحديث، وإنما روي عنه أن رسول الله ﷺ «نَهَى عَنْ الوَلاَءِ وهِبَتِهِ» وهو الصحيح عن ابن عمر، فغلط فيه العِراقيون، ورووا عنه ما رواه يزيد بن هارون عن هشام عن الحسن قال: قال رسول الله ﷺ: «الوَلاَءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ لاَ يُبَاعُ وَلاَ يُوْهَبُ» فهو مرسل عن الحسن، وهكذا رواه أحمد بن حنبل مرسلاً، وقد رواه الحسن تارة مسنداً عن سمرة ابن جندب، وأحاديث الحسن عن سمرة مضعوفة، فغلطوا في نقله من إسناد إلى إسناد.

وقد روي هذا الحديث من طريقين آخرين:

أحدهما: ما رواه ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر أن رسول الله ﷺقال: «الوَلاَءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ لاَ يُبَاعُ وَلاَ يُوْهَبُ وَلاَ يُوَرثُ وَلاَ يُتَصَدَّقُ بِهِ».

---

(١) أخرجه الشافعي في المسند (٣٣٨) وعبد الرزاق في المصنف (١٦١٤٩) والبيهقي ٦/ ٢٤٠، ١٠/ ٢٩٢ والرازي في العلل (١٦٤٥) والحاكم في المستدرك ٤/ ٣٤١ وأبو نعيم في تاريخ أصفهان ٢/ ٨.

والثاني: ما رواه عبيد بن القاسم عن إسماعيل بن أبي خالد عن عبد الله بن أبي أوفى، قال: قال رسول الله ﷺ: «الوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ». وإرسال هذا الحديث أثبت من إسناده.

ومن الدليل على ثبوت الولاء للمعتق ما اشتهر نقله في الأمة أن عائشة ـ رضوان الله عليها ـ أرادت شراء بريرة لتعتقها فاشترط مواليها الولاء لهم، فأخبرت بذلك رسول الله ﷺ فقال: «اشْتَرِي وَاشْتَرِطِي لَهُمُ الوَلَاءَ، فَفَعَلَتْ». فصعد المنبر فخطب، وقال: «مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطاً لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ. كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ كِتَابُ اللَّهِ أَحَقُّ وشَرْطُهُ أَوْثَقُ. الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ».

وأجمع المسلمون على استحقاق الوَلَاء للمعتق لإنعامه بالعتق، كما قال الله تعالى لرسوله ﷺ: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ﴾ [الأحزاب: ٣٧] يعني زيد بن حارثة أنعم الله عليه بالإسلام وأنعم الرسول ﷺ عليه بالعتق، ولذلك سمي السيد المعتِق: المولى المنعم، وسمي العبد المعتَق: المولى المنعَم عليه، لأن اسم المولى ينطلق على كل واحد من المعتِق والمُعْتَقِ فاحتاجا لاشتراكهما في اسم المولى إلى ما يتميزان به فقيل في تمييزهما مولى أعلى ومولى أسفل، وقيل: مولى نعمة، ومولى منعم عليه.

فصل: فإذا ثبت استحقاق الولاء لكل معتق، فالذي يستحق بالولاء يشتمل على ثلاثة أحكام:

أحدها: الميراث. يرث به ما يرثه العصبات عند عدمهم، فيرث الأعلى من الأسفل، ولا يرث الأسفل من الأعلى في قول الجمهور، وشذ عنهم طاوس، فَوَرَّثَ الأسفل من الأعلى كما وَرِثه الأعلى.

والثاني: العقل في تحمل دية الخطأ يعقل الأعلى عن الأسفل، وفي عقل الأسفل عن الأعلى قولان للشافعي.

والثالث: الولاية في عقد النكاح، والصلاة على الميت إذا عدم عصبات النسب قام المولى الأعلى فيه مقامهم، ولا حق للمولى الأسفل فيه، ولا يجب بالولاء نفقة، ولا يثبت به محرم، وفي الميراث يستحقه الآباء ثم الأبناء يتقدمون به على من عداهم من العصبات، والعقل لا يتحمله الآباء ولا الأبناء ويتحمله من عداهم من العصبات، لرواية خصيف عن زياد بن أبي مريم أن امرأة أعتقت عبداً لها ثم توفيت، وتركت ابنها وأخاها ثم توفي بعدها مولاها، فأتى ابنُ المـرأة وأخوها رسولَ الله ﷺ في ميراثها فقال ﷺ: «مِيرَاثُه لِابْنِ المَرْأَةِ»، فقال أخوها: يا رسول الله لَوْ جَرَّ جَرِيْرَةً عَلَى مَنْ كَانَتْ؟

قال: «عَلَيْكَ». قال: يا رسول الله: «لَوْ جَرَّ جَرِيرَةً كَانَتْ عَلَيّ، وَيَكُونَ مِيرَاثُهُ لِهَذَا؟ قال: نَعَمْ».

فصل: ولا يجوز بيع الولاء ولا هبتُه، ولا الوصية به، وهو قول الجمهور. وحكي عن عروة بن الزبير، وسعيد بن المسيب، والأسود وعلقمة، والشعبي، والنخعي، أن بيع الولاء وهبته والوصية به جائزة، وأضافوه إلى ابن عباس لما رواه عمرو بن دينار قال وَهَبَتْ ميمونة بنت الحارث زوج النبي ﷺ ورضي عنها، ولاء سليمان بن يسار لابن عباس، وكان مكاتباً لها، وابن عباس ابن أختها.

وروى هشام بن عروة عن أبيه أنه اشترى ولاء طهمان وبنيه لبني أخيه مصعب بن الزبير.

وروي عن أبي بكر بن عمرو بن حزم أنه أعتق عبداً له، ووهب ولاءه لابنه محمد، وأشهد زيد بن ثابت.

وروي أبو بكر بن عمرو بن حزم أن امرأة من حصن محارب وهبت ولاء عبد لها لنفسه، وأن المولى وهب ولاء نفسه لعبد الرحمن بن عمرو بن حزم، فلما توفيت المرأة خاصم ورثتها المولى إلى عثمان بن عفان رضي الله عنه فدعا المولى بالبينة على ما قال، فقال له عثمان: والِ من شئت، فوالى عبد الرحمن بن عمرو.

وهذا قول يبطل بالنص الذي رويناه عن النبي ﷺ «أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الوَلَاءِ وَهِبَتِهِ»، وبقوله: «الوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ».

وبما روي عنه ﷺ أنه قال: «مَنْ تَوَلَّى غَيْرَ مَوَالِيهِ فَقَدْ خَلَعَ رِبقَةَ الإِسْلَامِ مِنْ عُنُقِهِ».

وروي أن حمزة بن عبد الله بن عمر سأل أباه عبد الله عن شراء الولاء، فقال عبد الله: قال رسول الله ﷺ: «لَا تَبِيعُوا الوَلَاءَ وَلَا تَأْكُلُوا ثَمَنَهُ».

وروي عن علي عليه السلام أنه قال: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ قِرُّوهُ حَيْثُ جَعَلَهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ».

وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: «الوَلَاءُ نَسَبٌ. أَيَبِيعُ الرَّجُلُ نَسَبَهِ»؟

فأما ما رووه من الآثار، فلا يعارض ما رويناه من نصوص الأخبار، ولعلها كانت على وجوه لا تعرف عللها، وقد أنكرها الزُّهْرِيُّ وأنشد:

فَبَاعُوهُ مَمْلُوكاً وَبَاعُوهُ مُعْتَقاً   فَلَيْسَ لَهُ حَتَّى المَمَاتِ خَلَاصُ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي قَوْلِهِ ﷺ «فَإِنَّمَا الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» دَلِيلٌ أَنَّهُ لَا وَلَاءَ إِلَّا لِمُعْتِقٍ».

قال الماوردي: ومراد الشافعي بهذا ثلاثة أمور:

أحدها: إثبات الولاء لكل معتق في واجب، وتطوع بقول، وفعل كعتق أم الولد، لأنه عتق زال به، الرق، وثبت به الولاء فكان مع اختلاف الأسباب على سواء.

والثاني: أنه لا ينتقل الولاء عن المعتق ببيع، ولا هبة، ولا وصية، وقد شذ فيه خلاف، وَرُدَّ بِنَصٍّ لا يدفع.

والثالث: أنه لا ولاء على من لم يعتق من رق، رداً على من خالف في ثلاثة أثبت عليهم الولاء، وإن لم يعتقوا:

أحدها: إثبات الولاء بالتحالف على التناصر، والتوارث، والعقل، فلا حكم لثبوت الولاية في توارث، ولا عقل، وإن كان التحالف على التناصر والتعاضد حسناً، كحلف المُطَيِّبين.

قال الشافعي: لو كان مثله في الإسلام لم أمنع منه.

وقال إبراهيم النخعي: ينعقد به الولاء في التوارث والعقل، وليس لواحد من المتحالفين فسخه بعد العقد.

وقال أبو حنيفة: إن عُرفت أنساب المتحالفين لم يثبت بالتحالف، ولا يستحق به التوارث والعقل، وإن جهلت أنسابهم ثبت به الولاء في استحقاق التوارث والعقل، وكان لكل واحد منهما فسخه ما لم يعقل عنه، فإن عقل لزم، ولم يصح الفسخ احتجاجاً بقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ [النساء: ٣٣] ولأن ما لا يتعين وارثه من المال جاز للموروث أن يمنعه حيث شاء كالوصايا.

ودليلنا قول النبي ﷺ: «إِنَّمَا الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» وقوله: «إنما»، موضوع في اللغة لإثبات ما اتصل به، ونفي ما انفصل عنه، كقوله: ﴿إِنَّمَا اللَّهُ إِلَهٌ وَاحِدٌ﴾ [النساء: ١٧١] فكان فيه إثبات الإلهية لله، ونفي إلهية غيره، فدل إثبات الولاء للمعتق على نفيه عن غير المعتق، ولأن التوارث مستحق بالنسب والولاء، فلما لم يثبت بعقد التحالف نَسَبٌ لم يثبت به ولاء، ولأن كلَّ سبب لا يورث به مع وجدو النسب بحال لم يورث به مع عدم النسب في حال كالرضاع ولأن كل من كان لماله جهة ينتقل إليها بوفاته لم يملك نقله بعقد ولاية كالتحالف مع وجود المولى.

فأما الآية، فعنها جوابان:

أحدهما: ما قاله ابن عباس أنها كانت ثابتة في صدر الإسلام، ثم نسخت بقوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٥].

والثاني: ما رواه داود بن الحصين قال: قرأت القرآن على أم سعد بن الربيع، فلما انتهيت إلى قوله: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٣٣] قالت: اقرأ: ﴿وَالَّذِيْنَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٣٣] فإن هذه الآية نزلت في أبي بكر الصديق حيث حلف: لا يورث ولده عبد الرحمن فنزل قوله: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ [النساء: ٣٣] أي لا تمنعوهم، وإن كنتم قد حلفتم أن لا تورثوهم، فكان محمولاً على هذا السبب.

وأما الجواب عن قياسه على الوصايا، فهو أن الوصايا تقف على خيار الموصي مع وجود النسب من غير حلف، فخالف ما لا يصح مع النسب، ولا ينعقد إلا بحلف.

فصل: والثاني: اللقيط، اختلفوا في ثبوت الولاء عليه لملتقطه، فالذي عليه قول جمهور الصحابة والفقهاء أنه لا ولاء عليه.

وحكي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن له ولاء اللقيط.

وروى الزهري أن رجلاً يقال له شيبان التقط لقيطاً، فقيل له: ما الذي حملك على التقاطه؟ قال: رأيت نفساً ضائعة، فرحمتها، فقال له عمر: لك ولاؤه، وعليك نفقته، فَشَذَّ بعض الفقهاء، فأخذ بهذا، وجعل للملتقط ولاء لقيطه اتباعاً له، واستدلالاً برواية واثلة بن الأسقع أن النبي ﷺ قال: «تَحْرِزُ الْمَرْأَةُ ثَلَاثَ مَوَارِيثَ: مِيرَاثَ لَقِيطِهَا، وَمِيرَاثَ عَتِيقِهَا، وَمِيرَاثَ وَلَدِهَا الذي لَا عَنَتْ عَلَيْهِ». ولأن إنعامه عليه بالالتقاط في حراسة نفسه أعظم من النعمة عليه في عتقه من رقه، فكان أحق بولائه.

ودليلنا، ما عليه الجمهور من سقوط الولاء، قول النبي ﷺ: «وَإِنَّمَا الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ». ولأن الولاء مستحق بإخراج العبد من نقص الرق إلى كمال الحرية، وأحكام اللقيط قبل الالتقاط وبعده سواء، فلم يستحق عليه ولاء، ولا يستحق عليه بحراسة نفسه الولاء، كما لا يستحقه من استنقذ غريقاً، أو فك أسيراً ويجوز أن يكون عمر رضي الله عنه جعل لشيبان الولاية على اللقيط في القيام به، ولم يجعل له الولاء في ميراثه، وحديث واثلة إن صح محمول على أنها ادعت اللقيط ولداً والثالث يؤكده.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَالَّذِي أَسْلَمَ النَّصْرَانِيُّ عَلَى يَدَيْهِ لَيْسَ بِمُعْتِقٍ فَلَا وَلَاءَ لَهُ».

قال الماوردي: وهذا هو الثالث المختلف في استحقاق الولاء عليه، وهو الكافر إذا أسلم على يد رجل لم يثبت عليه في قول الجمهور ولاء لمن أسلم على يديه، سواء عقل عنه أو لم يعقل.

وحكي عن حماد بن أبي سليمان والحكم بن عتيبة أن له ولاءه وله الرجوع فيه ما لم يعقل عنه، فإن عقل عنه أو عن صغار ولده لم يكن له أن يرجع فيه.

وحكي عن أبي يوسف إن اقترن بالإسلام على يده موالاة توارثا وإن لم يقترن به موالاة لم يتوارثا.

وحكي عن عمر بن عبد العزيز والزهري أنه يرثه على الأحوال كلها احتجاجاً بما رواه الأحوص بن حكيم عن راشد بن سعد قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ أَسْلَمَ عَلَى يَدَيْهِ رَجُلٌ فَهُوَ مَوْلَاهُ يَرِثُهُ وَيَدِي عَنْهُ»[1].

وبرواية عبد الله بن موهب عن قبيصة بن ذؤيب عن تميم الداري أنه قال: يا رسول الله مَا السُّنَّةُ في الرَّجُلِ يُسْلِمُ عَلَى يَدَيْ الرَّجُلِ، فقال: هُوَ أَوْلَى النَّاسِ بِمَحْيَاهُ وَمَمَاتِهِ»[2] قالوا: وحق المماَت استحقاق الميراث.

وروى القاسم بن عبد الرحمن عن أبي أمامة أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ أَسْلَمَ عَلَى يَدَيْهِ رَجُلٌ فَلَهُ وَلَاؤُهُ».

قالوا: ولأن إنعامه عليه باستنقاذه من الكفر أعظم من إنعامه باستنقاذه من الرق، فكان بولائه أحق.

ودليل الجمهور على أن لا ولاء عليه قول الله تعالى: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ﴾ [الأحزاب: ٣٧] يعني زيد بن حارثة أنعم الله عليه بالإسلام، وأنعم الرسول ﷺ عليه بالعتق، فكانت النعمة بالإسلام لله تعالى دون غيره، وفرق بين النعمة بالإسلام وبين النعمة بالعتق، فلم تجز التسوية بينهما.

وقال تعالى: ﴿يَمُنُّونَ عَلَيْكَ أَنْ أَسْلَمُوا قُلْ لَا تَمُنُّوا عَلَيَّ إِسْلَامَكُمْ بَلِ اللَّهُ يَمُنُّ عَلَيْكُمْ أَنْ هَدَاكُمْ لِلْإِيمَانِ﴾ [الحجرات: ١٧] فكانت الهداية منه تعالى دون غيره، ولأن النبي ﷺ قال: «وَإِنَّمَا الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» وليس هذا بمعتق، ولأن إسلامه من نفسه بما علم من صحته، فلم يكن لمن أسلم على يده تأثير في معتقده، ولأنه لو كان أخذ

---

(١) أخرجه الطبراني في الصغير ١/ ١٥٧ وانظر المجمع ١/ ٩٤، ٢/ ٣٣٤ وابن حجر في المطالب (١٤٨٠) وانظر نصب الراية ٤/ ١٥٧.

(٢) البيهقي في السنن الكبرى ١٠/ ٢٨٦.

الإسلام على الكافر موجباً لثبوت ولائه عليه، لكان طلحة والزبير من موالي أبي بكر لإسلامهما على يده، ولكان المهاجرون والأنصار موالياً لرسول الله ﷺ، ولأولاده من بعده، وهذا يخرج عن قول الأمة، فكان مدفوعاً بهم.

وقد روي سفيان الثوري عن منصور عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «الوَلاَءُ لِمَنْ أَعْطَى الثَّمَنَ وَوَلِيَ النِّعْمَةَ»[١]، وهذا تعليل لاستحقاق الولاء، فلم يستحق بغيره، ولأنه لو كان الولاء بأخذ الإسلام مستحقاً لوجب إذا أعتق الرجل عبداً نصرانياً، فأسلم على يد غير معتقه أن يبطل ولاء معتقه، وإذا أسلم العبد النصراني على يد غير سيده، ثم أعتقه السيد أن لا يكون عليه ولاء لمعتقه، وهذا مدفوع بالإجماع، فبطل ما اقتضاه بالإجماع.

وقد روي الأشعث بن سوار عن الحسن أن النبي ﷺ رَأَى رَجُلاً يُباعُ، فَسَاوَمَ به ثم تَرَكَهُ فاشتراه رَجُلٌ فَأَعْتَقَهُ ثُمَّ أتى النَّبِيَّ ﷺ فقال: إِنِّي اشْتَرَيْتُ هَذَا فَأَعْتَقْتُهُ، فَمَا تَرَى فِيْهِ؟ قال: «أَخُوكَ وَمَوْلاَكَ»[٢]. قَالَ: فَمَا تَرَى فِي صُحْبَتِهِ. قال: «إِنْ شَكَرَكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ وَشَرٌّ عَلَيْكَ، وإِنْ كَفَرَكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكَ وَشَرٌّ لَهُ»، قال: فَمَا تَرَى فِي مَالِهِ؟ قال: «إِنْ مَاتَ، وَلَمْ يَدَعْ وَارِثاً، فَلَكَ مَالُهُ»[٢]، فاعتبر ولاؤه بعتقه دون إسلامه.

وأما الجواب عما استدلوا به من الأخبار، ففيها ثلاثة أجوبة:

أحدها: أنها ضعيفة لا يثبت بها شرع، لأن بعضها رواه مجهول، وبعضها رواه متروك، وبعضها مرسل.

والثاني: أنها محمولة على ولاية الإسلام الموجبة للتناصر كما قال تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَات بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: ٧١].

والثالث: أننا نستعمل قوله: فهو مولاه يريد أي هو ناصره، وقد صار باتفاقهما في الإسلام وارثاً بعد أن لم يكونا باختلاف الذين متوارثين.

وقوله: أحق بمحياه ومماته: أنه أحق بمراعاته في محياه، والممات.

وأما الجواب عن استدلالهم بإنعامه عليه بالإسلام، فهو ما ذكر الله تعالى عليه بالإسلام أن النعمة فيه له لا لغيره، والله أعلم بالصواب.

---

(١) الترمذي (٢١٢٥، ٢٩١٦) وابن سعد ٨/ ١٨٨.

(٢) البيهقي بإسناد مرسل ٦/ ٢٤٠.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَعْتَقَ مُسْلِمٌ نَصْرَانِيًّا أَوْ نَصْرَانِيٌّ مُسْلِماً فَالْوَلَاءُ ثَابِتٌ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ وَلَا يَتَوَارَثَانِ لاخْتِلَافِ الدِّيْنِ وَلَا يَقْطَعُ اخْتِلَافُ الدِّيْنِ الْوَلَاءَ كَمَا لَا يَقْطَعُ النَّسَب قَالَ اللَّهُ جَلَّ ثَنَاؤُهُ «وَنَادَى نُوحٌ ابْنَهُ» «وَإِذْ قَالَ إِبْرَاهِيْمُ لأَبِيْهِ» فَلَمْ يُقْطع النَّسَبُ بِاخْتِلَافِ الدِّيْنِ فَكَذَلِكَ الوَلَاءُ».

قال الماوردي: وهذه المسألة تشتمل على فصلين:

أحدهما: في مسلم أعتق نصرانياً.

والثاني: في نصراني أعتق مسلماً.

وأما إذا أعتق المسلم عبداً نصرانياً، فله ولاؤه بالإجماع، ولا يرثه عند الجمهور لاختلاف الدين.

وقال سفيان الثوري: يرثه مع اختلاف الدين، لأنه واصل إليه عن رق اعتباراً بما كان يملكه من أكسابه في حال الرق.

والدليل عليه: قول النبي ﷺ: «لَا يَرِثُ المُسْلِمُ الكَافِرَ وَلَا الْكَافِرُ المُسْلِمَ». ولأن الميراث بالنسب والولاء، فلما سقط التوارث بالنسب مع اختلاف الدين كان سقوطه بالولاء أولى، لأنه تابع، والنسب متبوع، وليس لما علل به من حال الرق وجه، لأنه يأخذه في حال الرق ملكاً لا يمنع منه اختلاف الدين، وهو يأخذه بعد العتق إرثاً يمنع منه اختلاف الدين.

فصل: وأما إذا أعتق النصراني مسلماً، فله ولاؤه، وإن لم يرثه، وهو قول الجمهور.

وقال مالك: لا يملك الكافر ولاءً على مسلم، ويكون ولاؤه لكافة المسلمين دون معتقه، فإن أسلم المعتق لم يملك الولاء.

وقال: لو أعتق نصراني نصرانياً كان له ولاؤه، فإن أسلم المعتق بطل ولاء مولاه، فإن أسلم مولاه لم يعد إليه الولاء احتجاجاً بقول الله تعالى: ﴿**وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ**﴾ [التوبة: ٧١].

وقال تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ**﴾ [الأنفال: ٧٣]. ولأنه لما لم يقر للكافر على المسلم رق لم يقر عليه الولاء المستحق بالرق.

ودليلنا: قول النبي ﷺ «وَإِنَّمَا الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»، فكان على عمومه لكل معتق، ولأن الرسول ﷺ قال: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ»؛ فجمع بينهما ثم لم يكن اختلاف

الدين مانعا من ثبوت النسب، وجب أن لا يمنع اختلافه من ثبوت الولاء، ولأنه لما كان عتقه نافذاً كالمسلم وجب أن يستحق به الولاء كالمسلم.

فأما ما استدل به من القرآن، فمحمول على الموالاة دون الولاء، وأما منعه من استرقاق المسلم، فلأجل يده التي يستذله بها، وليس في الولاء يد يستذل بها، فلذلك منع من رقه، ولم يمنع من ولائه.

فصل: فإذا ثبت أن اختلاف الدين لا يمنع من استحقاق الولاء بالعتق، وإن منع من التوارث نُظِر.

فإن كان في عصبة مولاه من هو على مِلَّتِهِ ورثه بالولاء، وإن كان المولى غير وارث به كالأخوين إذا كانا على ملةٍ، وأبوهما على أخرى توارثا دون الأب، وإن تناسبا بالأب.

وإذا أعتق المسلم عبداً نصرانياً، فلحق بدار الحرب ثم سبي لم يجز أن يسترق، لأن عليه ولاء لمسلم، وهكذا لو كان معتقه نصرانياً من أهل الذمة لم يجز أن يسترق مولاه إذا لحق بدار الحرب، لما يلزمنا أن نحفظ أموال أهل الذمة. وفيه وجه آخر: يجوز أن يسترق، لأن معتقه لو لحق بدار الحرب، فَسُبِيَ جاز أن يسترق، فكذلك عتيقه.

ولو أعتق الحربي عبداً حربياً كان له ولاؤه، فإن سُبِي العبد فاسترق بطل ولاؤه عليه، ولو مُنَّ عليه، ثبت له الولاء ولو استرق ومات رقيقاً بطل ولاؤه، فلو أعتق بعد استرقاقه عاد الولاء له.

وإذا أعتق النصراني عبداً، ثم لحق السيد بدار الحرب، فسبي واسترق، فاشتراه عبده، فأعتقه كان كل واحد منهما مولى لصاحبه، لأن كل واحد منهما قد أعتق الآخر.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَنْ أَعْتَقَ سَائِبَةً فَهُوَ مُعْتِقٌ وَلَهُ الْوَلَاءُ».

قال الماوردي: والمعتق سائبةً أن يقول السيد لعبده: أنت حر ولا ولاء لي عليك أو يقول له: أنت عتيق سائبة، فيكون حكمه أن لا ولاء عليه، فلا اختلاف بين الفقهاء أن العتق واقع، فأما سقوط الولاء فيه، فمذهب الشافعي وأبي حنيفة وجمهور الفقهاء أن الولاء ثابت لا يسقط بتسبية، واشتراط سقوطه.

وقال مالك: يسقط فيه الولاء اعتباراً بشروطه؛ واستدلالاً بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «المسلمون على شروطهم»، وبما روى عمر رضي الله عنه قال: «السائبة لِيَوْمِهَا». وفيه تأويلان:

أحدهما: أن حكمها على ما شرطه في يوم عتقها.

والثاني: أنها ليوم القيامة، لأنه قصد بها الأجر دون الولاء.

وبما روى الشعبي: أن سالماً مولى أبي حذيفة أعتقته ليلى بنت يعار زوجة أبي حذيفة بن عتبة بن ربيعة سائبة، فقُتِلَ يوم اليمامة، وخلف بنتاً، ومولاته ليلى زوجة أبي حذيفة، فدفع أبو بكر وعمر إلى بنته النصف، وعرض الباقي على مولاته، فقالت: لا أرجع في شيء من أمر سالم، فإني جعلته سائبة لله، فجعل أبو بكر النصف الباقي في سبيل الله.

ودليلنا قول الله تعالى: ﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرةٍ وَلاَ سَائِبَةٍ﴾ [المائدة: ١٠٣] فلما امتنع من حكم السائبة في البهائم التي لا يجري عليها حكم العتق كان المنع في الآدميين ممن يجري عليه حكم العتق أولى.

وقول النبي ﷺ: «الْوَلاَءُ لُحْمَة كَلُحْمَةِ النَّسَبِ لاَ يُبَاعُ وَلاَ يُوْهَبُ» وفيه دليلان:

أحدهما: أنه اعتبره بالنسب، والنسب لا يعتبر حكمه بالشرط؛ كذلك الولاء.

والثاني: قوله: «ولا يوهب» والسائبة هبة الولاء، ولأن موالي بريرة باعوها على عائشة رضوان الله عنها، واشترطوا أن يكون لهم ولاؤها إذا أُعتقت، فقال النبي ﷺ: «مَا بَالَ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطَاً لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِكـل شرط ليس في كتاب الله فهو باطلٌ. كِتَابُ اللَّهِ أَحَقُّ وَشُرُوطُهُ أَوْثَقُ، وَالوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ». فأثبت الولاء للمعتق وأبطل أن يكون لغيره.

وروي أن طارقاً أعتق عبيداً له سوائب، وكانوا ستة، وقيل عشرة فماتوا كلهم بعد موت طارق، وخلفوا مالاً، فرفع ذلك إلى عمر فقضى به لورثة طارق، فامتنعوا من أخذه، فقال عمر: أرجعوه إلى قوم مثلهم، فأبَانَ بهذا القضاء أن الولاء ثابت في عتق السائبة. وروى قبيصة بن ذؤيب أن أصحاب السَّوائب شكوا إلى عمر رضي الله عنه، وقالوا: إما أن تجعل العقل علينا، والميراث لنا، وإما أن لا يكون لنا ميراث، ولا علينا عقل، فقضى عمر لهم بالميراث. وروي مثله عن علي، وابن مسعود، وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم، ولأن الولاء في العتق كالرجعة في الطلاق، فلما كان لو طلقها على أن لا رجعة له عليها وقع الطلاق، واستحق الرجعة، وجب مثله في عتق السائبة أن يقع العتق، ويستحق الولاء.

فأما الجواب عن قوله ﷺ: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ» فهو ما وصله به إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، وهذا منه.

وأما الجواب عن قول عمر: «السائبة ليومها»، فهو مجمل لايثبت به شرع، وحمله على مقتضى السُّنَّةِ أولى.

وأما حديث سالم، فقد حكم أبو بكر وعمر رضي الله عنهما بدفع ميراثه إلى مولاته، فلما امتنعت من ميراثه لم تجبر عليه، لأنه حق لها، وليس بحق عليها، فوضعه حيث رأى من الوجوه والمصالح.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَنْ وَرِثَ مَنْ يُعْتَقُ عَلَيْهِ أَوْ مَاتَ عَنْ أُمِّ وَلَدٍ لَهُ فَلَهُ وَلَاؤُهُمْ وَإِنْ لَمْ يَعْتِقهُمْ لأَنَّهُمْ فِي مَعْنَى مَنْ أُعْتِقَ وَالمُعَتِقُ السَّائِبَة مُعْتِقٌ وَهُوَ أَكْثَرُ مِنْ هَذَا فِي مَعْنَى المُعْتِقِيْنَ فَكَيْفَ لَا يَكُونَ لَهُ وَلَاؤُهُ (قَالَ) فَالمُعْتِقُ سَائِبَةً قَدْ أَنْفَذَ اللَّـهُ لَـهُ العِتْـقَ لأَنَّـهُ طَـاعَـةٌ وَأَبْطَـلَ الشَّـرْطَ بِـأَنْ لَا وَلَاءَ لَـهُ لأَنَّـهُ مَعْصِيَـةٌ وَقَـالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح؛ كل عتق نفذ على ملك للرق ثبت ولاؤه لمن عتق على ملكه، سواء كان باختياره أو غير اختياره، بقوله أو بفعله، أو بغير قوله وغير فعله، في حياته، أو بعد موته، بعوض، أو بغير عوض، فالمعتق باختياره أن يباشر عتق عبد قد استقر ملكه عليه، فيقول له: أنت حر.

والعتق بغير اختياره أن يعتق شِقْصاً له من عبد، فيسري إلى جميعه، ويعتق عليه بغير اختياره، وله جميع ولائه أو يرث أحد من يعتق عليه من والديه أو مولوديه، فيعتق عليه بغير اختياره، وله ولاؤه، وعتق الحمل يعتق عليه بغير اختياره، وله ولاؤه، وعتق أولاد أم ولده من غيره يعتقون عليه بغير اختياره، وله ولاؤهم.

وأما العتق بالفعل، فهو أن يشتري من يعتق عليه، فيعتق عليه بفعل الشراء، وله ولاؤه، وأم الولد تعتق عليه بالإيلاد إذا مات، وله ولاؤها.

وأما العتق بالمعاوضة، فعتق المكاتب بالأداء، وله ولاؤه، لأنه عتق على ملك، وإن وصل فيه إلى العوض عن رقه، لأنه أداه من كسبه.

روى معمر عن قتادة عن ابن المسيب أن النبي ﷺ مَرَّ بِرَجُلٍ يُكَاتِبُ عَبْدَاً لَهُ، فَقَالَ له النبي ﷺ: «اشْتَرِطْ وَلَاءه» يعني أعلمه، فدل على استحقاق ولائه، فلو كاتب المكاتب عبداً، وعتق الثاني ثم عتق الأول، فولاء الأول لسيده، وفي ولاء الثاني قولان:

أحدهما: للسيد.

والثاني: للمكاتَبِ الأول.

فأما العتق بالموت، فعتق أم الولد المدبر وله ولاؤهما لعتقهما على ملكه.

وأما العتق بعد الموت، فعتق من أوصى بعتقه بعد موته له ولاؤهم، لأنهم عتقوا من ماله، فلم يمنع عتقهم بعد موته من ملك ولائهم يناله الذي كان مالكه قبل موته.

فصل: ولو باع السيد عبده على نفسه بمال في ذمته عتق، وفي ولائه وجهان:

أحدهما: يكون لسيده، لأنه لم يثبت عليه رق لغيره.

والوجه الثاني: لا ولاء لسيده، لأنه لم يعتق في ملكه، ولا يملك العبد الولاء على نفسه، ويسقط أن يكون عليه ولاء لغيره.

فصل: وإذا أعتق السيد عبده عن غيره، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يعتقه عن حي.

والثاني: عن ميت.

فإن أعتقه عن حي، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يعتقه عنه بغير أمره، فيكون ولاؤه لمعتقه، ويكون للمعتق عنه اعتباراً لقصد المعتق، وحمله على مذهبه في السائبة، وقد مضى الكلام معه.

والضرب الثاني: أن يعتقه عتق الحي بأمره، فيكون ولاؤه للآمر دون المعتق، فإن أمره أن يعتقه بعوض كان بيعاً، وإن أمره أن يعتقه بغير عوض كان هبة.

وقال أبو حنيفة: إن كان بعوض كان ولاؤه للآمر، وإن كان بغير عوض كان ولاؤه للمعتق.

ودليلنا: هو أن عتق الموهوب كعتق المبيع، لأنه يملك بالهبة كما يملك بالبيع، فوجب أن يستويا في استحقاق الولاء.

وأما العتق عنه بعد موته، فضربان:

أحدهما: أن يكون عن إذن الميت في حياته، فيكون ولاؤه للآمر دون المعتق كالحي.

والضرب الثاني: بغير إذن الميت، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون العتق تطوعاً، فيكون العتق عن المعتق، وله ولاؤه دون الميت.

والضرب الثاني: أن يكون العتق عن واجب في الكفارة، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون عتقاً في كفارة لا خيار فيها كالعتق في كفارة القتل والظهار، فيكون العتق واقعاً عن المعتق عنه، وله ولاؤه دون المعتق لوجوبه على من يقدر على أدائه.

والضرب الثاني: أن يكون العتق عن كفارة فيها تخيير مثل كفارة الأيمان، فينظر في المعتق.

فإن كان وارثاً وقع العتق عن المعتق عنه، وله ولاؤه دون المعتق، لأن الوارث يقوم مقام الموروث، وإن كان المعتق أجنبيا، ففيه وجهان:

أحدهما: يجزىء عن المعتق وله ولاؤه، لوجوبه عليه كالوارث.

والوجه الثاني: لا يجزىء عن المعتق عنه، ويكون واقعاً عن المعتق، وله ولاؤه، لأنه لما جاز العدول عن العتق إلى الإطعام والكسوة صار العتق فيها كالتطوع.

فصل: وإذا أعتق الرجل عبداً على شرط الخدمة بعد العتق مدة معلومة اتفقا عليها، ورضيا بها جاز ذلك عندنا، وإن شذ من خالفنا فيه، وتعجَّلَ عتقه ناجزاً، وعليه أن يخدمه بعد الحرية تلك الخدمة المشروطة إلى انقضاء تلك المدة المعلومة. روي عن سفينة قال: كنت مملوكاً لأم سلمة رضوان الله عليها فأعتقتني، وشرطت علي أن أخدم رسول الله ﷺ ما عشت.

وروي أن عمر، رضي الله عنه، أعتق عبيداً من بيت المال، وشرط عليهم أن يحفروا القبور، فكانوا على ذلك.

وروي عنه أنه أعتق عبيداً، وشرط عليهم أن يخدموا الخليفة بعده ثلاث سنين.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ**: «وَإِذَا أَخَذَ أَهْلُ الفَرَائِضِ فَرَائِضَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ عَصَبَةٌ قَرَابَةٍ مِنْ قِبَلِ الصُّلْبِ كَانَ مَا بَقِيَ لِلْمَوْلَى الْمُعْتِقِ».

قال الماوردي: أما الولاء فيستحق به الميراث كالنسب، لقول النبي ﷺ: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ»، فيرث المولى الأعلى من المولى الأسفل، ولا يرث الأسفل من الأعلى في قول الجمهور إلا من شذ عنهم من عطاء، وطاوس، فإنهما وَرَّثَا الأسفل من الأعلى كما يرث الأعلى من الأسفل اعتباراً بالنسب، وقد مضى الكلام عليه في كتاب «الفرائض».

فإذا تقرر هذا، فالميراث بالنسب مقدم على الميراث بالولاء، لأن النسب أصل، والولاء فرع، فسقط الفرع بالأصل، ولم يسقط الأصل بالفرع، فإذا استوعب العصبات أو ذوو الفروض التركة سقط الميراث بالولاء، وإن عدم عصبات النسب، ولم يستوعب ذوو الفروض التركة استحق الميراث، وقدم المولى على ذوي الأرحام في قول الجمهور، وحكي عن عطاء، وطاوس والشعبي، وجابر بن زيد والأسود ومسروق، وإبراهيم النخعي، أن ذوي الأرحام أولى من المولى، والدليل على تقديم

الميراث بالولاء على من لا سهم له من ذوي الأرحام ما رواه سلمة بن كهيل عن عبد الله بن شداد، قال: كان لبنت حمزة بن عبد المطلب مَوْلَى أَعتقته، فمات، وترك بنتاً، ومولاته بنت حمزة، فرفع ذلك إلى النبي ﷺ «فَأَعْطَى البِنْتَ النِّصْفَ، وَأَعْطَى مَوْلَاتَه النِّصْفَ». قال عبد الله بن شداد: وأنا أعلم بها لأنها أختي لأمي أمنا سلمى بنت عميس الخثعمية، فموضع الدليل أنه لو لم يقدم المولى على ذوي الأرحام لكان الباقي بعد فرض البنت مردوداً على البنت.

وروى يونس عن الحسن قال: قال رسول الله ﷺ: «الْمِيْرَاثُ لِلْعَصَبَة، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ عَصَبَةٌ فَالْمَوْلَى»، ولأن المولى عصبة، والعصبات أولى من ذوي الأرحام كالنسب.

فصل: فإذا ثبت أن المولى وارث بولائه بعد العصبات وذوي الفروض، فإن كان المولى ميتاً، فالولاء بعده لأقرب عصباته يوم يموت العبد المعتق، فإن مات وترك ابن مولاه وبنت مولاه وأبا مولاه، فميراثه لابن المولى دون البنت. وحكي عن طاوس أن الميراث بالولاء كالميراث بالنسب، فيحصل لأبي المولى السدس، والباقي بين ابن المولى، وبنت المولى لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ.

وحكي عن شريح والأوزاعي والنخعي، وأبي يوسف وأحمد وإسحاق، أن لأب المولى السدس والباقي لابن المولى دون بنت المولى، ومذهب الشافعي وأبي حنيفة ومالك، وداود، وهو قول زيد بن ثابت وأكثر التابعين أن ابن المولى أولى من الأب والبنت.

أما البنت، فلأن النساء لا يرثن بالولاء، لعدم التعصيب فيهن وأما الأب، فلأن الابن مقدم عليه في الولاء، فلا يشاركه فيه، وكذلك لا يشارك بني الابن، وإن سفلوا لأنه لا يرث معهم إلا بالغرض، ولا حق لذوي الفروض في ميراث الولاء ثم ميراثه بعد بني مولاه لأب المولى، لأنه أحق العصبات بعد البنين ثم فيمن يرثه بعد أب المولى قولان:

أحدهما: أخو مولاه، ويكون أحق من جد المولى.

والقول الثاني: يشترك فيه أخو المولى، وجد المولى، فإن ترك جد مولى وابن أخي مولى، ففيه قولان:

أحدهما: أن جد المولى أحق.

والثاني: أن ابن أخي المولى أحق، ولا يشتركان فيه، فإن ترك جد مولاه وعم مولاه، فجد المولى أحق وإن ترك أبا جد مولاه وعم مولاه ففيه قولان:

أحدهما: أن عم المولى أحق.

والقول الثاني: يشترك فيه العم، وأبو الجد.

ولو ترك أبا جد مولاه، وابن عم مولاه، ففيه قولان:

أحدهما: أن أبا جد المولى أحق.

والقول الثاني: أن ابن عم المولى أحق، ولا يشتركان فيه.

وعلى هذا القياس، فيمن كان أبعد منهم، فإن لم يكن لمولاه عصبة، فلمولى المولى ثم لعصبته يتقدمون بميراثه على ذوي الأرحام، فإن عدموا فلبيت المال على قول من لم يورث ذوي الأرحام، وهو على قول من ورثهم لذوي الأرحام دون بيت المال.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ تَرَكَ ثَلَاثَة بَنِين اثْنَانِ لأُمٍّ فَهَلَكَ أَحَدُ الِاثْنَيْنِ لأُمٍّ وَتَرَكَ مَالاً وَمَوَالِيَ فَوَرِثَ أَخُوهُ لأَبِيهِ وَأُمِّهِ مَالَهُ وَوَلَاءَ مَوَالِيهِ ثُمَّ هَلَكَ الَّذِي وَرِثَ الْمَالَ وَوَلَاءَ الْمَوْلَى وَتَرَكَ ابْنَهُ وَأَخَاهُ لأَبِيْهِ فَقَالَ ابْنُهُ قَدْ أَحَرَزْتَ مَا كَانَ أَبِي أَحْرَزَهُ وَقَالَ أَخُوهُ إِنَّمَا أَحْرَزْتُ الْمَالَ وَأَمَّا وَلَاءُ الْمَوَالِي فَلَا (قال الشافعي) الأَخُ أَوْلَى بِوَلَاءِ الْمَوَالِي وَقَضَى بِذَلِكَ عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ رَحْمَةُ اللَّهِ عَلَيْهِ ثُمَّ الأَقْرَبُ فَالأَقْرَبُ مِنَ الْعَصَبَةِ أَوْلَى بِمِيْرَاثِ الْمَوَالِي وَالإِخْوَةُ لِلأَبِ وَالأُمِّ أَوْلَى مِنَ الإِخْوَةِ لِلأَبِ وَإِنْ كَانَ جَدٌّ وَأَخٌ لأَبٍ وَأُمٍّ أَوْ لأَبٍ فَقَدْ اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي ذَلِكَ فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ الأَخُ أَوْلَى وَكَذَلِكَ بَنُو الأَخِ وَإِنْ سَفَلُوا وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ هُما سَوَاءٌ».

قال الماوردي: وهذه المسألة في ثبوت الولاء في الكبر، وقد صورها الشافعي فيما قضى به عثمان بن عفان، وإن كانت في غيره أقرب.

وصورة ذلك في رجل أعتق عبيداً استحق ولاءهم، ثم مات المعتق عن ماله، وولاء مواليه، وخلف ثلاثة بنين اثنان منهم لأم، والآخر من أم أخرى، فورثوا ماله، وولاء مواليه أثلاثاً بالسَّوِيَّةِ، ثم مات أحد اللذين من أم، وخلف أخاه لأبيه وأمه، وأخاه لأبيه، ثم مات الآخ من الأب والأم، وخلف ابنين وأخاه لأبيه، فورث ماله ابناه دون أخيه، وتنازعوا في ولاء الموالي، فقال الأخ: أنا أحق بولائه منكما، لأني ابن مولى، وأنتما ابنا ابن ابن مولى.

وقال ابنا الابن: لك ثلث ولائه، ولنا ثلثاه حق أبينا بميراثه عن أمه وأخيه، فقد اختلف في استحقاق الولاء. هل يكون معتبراً بموت العبد المعتق فيستحقه الكبر من

عصبات المولى المعتق أو يكون معتبراً بموت المولى المعتق، فيكون مشتركاً بين القريب والبعيد؟، فمذهب عمر، وعثمان وعلي وزيد بن ثابت، وأبيّ بن كعب، وابن عمر، وأسامة بن زيد، وأبي مسعود البدري، رضي الله عنهم.

ومن التابعين: الحسن، وابن سيرين، وعطاء، والزهري، والشعبي.

ومن الفقهاء: الشافعي وأبي حنيفة، ومالك، وداود، أن الولاء يستحقه الكبر اعتباراً بموت العبد المعتق، فيكون ولاء من مات منهم لابن المولى دون ابني ابنه.

وحكي عن عبد الله بن مسعود في إحدى الروايتين عنه، وعن شريح من التابعين أن ولاء من مات منهم موروث يستحقه القريب والبعيد، اعتباراً بموت المولى المعتق، فيكون لابن المولى في هذه المسألة ثلث ولائه، ولابني ابنه ثلثاه، وما عليه الجمهور من توريث الكبر أصح لما قدمناه في أول الباب من رواية ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر بن عبد الله، أن رسول الله ﷺ قال: «الوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوْهَبُ وَلَا يُوْرَثُ وَلَا يُتَصَدَّقُ بِهِ». يعني لا يورث ميراث المال. ولرواية يونس عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: «الْمَوْلَى أَخٌ في الدِّينِ ونِعْمَةٌ يَرِثُهُ أَوْلَى النَّاس بِالْمُعْتِقِ» ولأن الكبر أقرب، فكان بالميراث أحق كالنسب، ولأنه لما كان الميراث بالنسب معتبراً بموت الموروث كان كذلك في الميراث بالولاء.

فصل: ويتفرع على هذا أن يعتق الرجل عبداً، ويموت، فيخلف ثلاثة بنين ويموت أحد البنين ويخلف ابناً ويموت آخر، ويخلف ابنين ويموت الآخر، ويخلف ثلاثة بنين ثم يموت العبد المعتق، فعلى مذهبنا في توريث الكبر يكون ميراثه بالولاء بين بني المولى على أعداد رؤوسهم مقسوماً على ستة أسهم، وعلى قول من جعل الولاء موروثاً يعطيهم سهام آبائهم، فيجعل الثلث لابن الابن، والثلث لابني الابن الآخر، والثلث لثلاثة بني الابن الآخر، وتصح من ثمانية عشر سهماً، ولو اشترك أب وابن في عتق عبد، ثم مات الأب، وخلف ابنا آخر، ومات العبد المعتق، كان للابن المعتق ثلاثة أرباع ولائه، النصف منه بمباشرة عتقه، والربع بميراثه عن أبيه، وللابن الذي ليس بمعتق ربع ولائه بميراثه عن أبيه.

فلو مات الابن المعتق قبل موت العبد المعتق، وترك ابناً وأخاه، ثم مات العبد المعتق كان لأخيه نصف ولائه، ولابنه نصف ولائه اعتباراً بالكبر، وعلى قول من جعل الولاء موروثاً جعل للأخ ربع ولائه، وللابن ثلاثة أرباعه.

ولو أعتق عبداً، ومات، وخلف أخاً لأب وأم، وأخاً لأب، ثم مات العبد المعتق، ففي مستحق ولائه قولان:

أحدهما: يكون الأخ للأب والأم أحقَّ بالولاء، كما كان أحق بالمال، لقوة تعصيبه.

والقول الثاني: يشترك في ولائه الأخ للأب والأم، والأخ للأب، لأن الأم لا ترث بالولاء، فلم يترجح من أولى بها، ولو مات الأخ للأب، والأم، وخلف ابناً، ثم مات العبد المعتق كان الأخ للأب أحق بولائه، وابن الأخ من الأب والأم في القولين معاً على قول من جعل الولاء للكبر، وهو في قول من جعل الولاء موروثاً على حكمه قبل الأخ.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يَرِثُ النِّسَاءُ الْوَلاَءَ وَلاَ يَرِثْنَ إِلاَّ مَنْ أَعْتَقْنَ أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ».

قال الماوردي: وهذه المسألة تشتمل على فصلين:

أحدهما: في النساء لا يرثن الولاء.

والثاني: في جر الولاء.

فأما ميراثهن الولاء، فلا يرثنه عن معتق بحال، وإن خالف فيه طاوس، فورثهن كالرجال، وهو خطأ، لأن الولاء تعصيب ينقل إلى العصبات، وليس النساء عصبة.

ولو كان معتبراً بالمال لانتقل إلى الزوج والزوجة كالمال، ولم يقل ذلك أحد، فصار حق توريثهن مدفوعاً بالإجماع، ولكن يستحق النساء الولاء بعتق المباشرة، كما تستحقه الرجال، لزوال ملكهن بالعتق، وقد أعتقت عائشة رضي الله عنها بريرة، فجعل لها رسول الله ﷺ وَلاَءَهَا وأبطل ولاء من اشترط ولاءها من مواليها، فلذلك قال الشافعي: «ولا يرثهن بالولاء إلا مَنْ أَعْتَقْنَ أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ» يعني: إذا أعتقت المرأة عبداً، وأعتق عبدها عبداً، كان لها ولاء عبدها، ولها ولاء من أعتقه عبدها ترثه بعد عبدها، فلو أعتقت امرأة عبداً، وماتت، وخلفت ابناً وأخاً، ثم مات العبد المعتق كان ولاؤه للابن دون الأخ، ولو مات الابن قبل موت العبد، وخلف عماً وخالاً، ثم مات العبد المعتق كان ولاؤه لخاله دون عمه، لأن الخال أخو المعتقة، والعم أجنبي منها، وهذا قول من جعل الولاء للكبر.

فأما على قول من جعله موروثاً يجعل الولاء لعم الابن وإن كان أجنبياً من المعتقة دون الخال، وإن كان أخاها لانتقال ماله إلى عمه دون خاله.

فصل: وأما جر الولاء، فهو أن يثبت على الولد ولاء لمعتق أَمة، فيجر معتق أبيه ولاءه عنه إلى نفسه.

وصورته: أن يعتق أمة، وتتزوج بعد عتقها بعبد، فتلد منه أولاداً، فهم أحرار

بحرية أمهم، وعليهم الولاء لمعتق أمهم، فإذا أعتق أبوهم انجرّ ولاؤهم عن الأم إلى معتق الأب، فإن انقرض مولى الأب وعصبته لم يعد ولاؤهم إلى معتق الأم، وكان لكافة المسلمين، وهو قول الأكثرين من الصحابة والتابعين، والفقهاء.

قاله من الصحابة عمر، وعثمان، وعلي، والزبير، وابن مسعود، وزيد بن ثابت وابن عباس رضي الله عنهم.

ومن التابعين: الحسن، وابن سيرين وسعيد بن المسيب، وعمر بن عبد العزيز وشريح، والشعبي، والأسود بن زيد.

ومن الفقهاء: الحكم، والأوزاعي، والليث بن سعد، والثوري، وأبو حنيفة والشافعي، ومالك، وأحمد، وإسحاق وخالفهم من أقر الولاء لمعتق الأم، ولم يجره إلى معتق الأب، فإن انقرض معتق الأم لم ينتقل إلى معتق الأب، وكان لكافة المسلمين.

قاله من الصحابة رافع بن خديج، ورواية شَذَّتْ عن زيد بن ثابت.

ومن التابعين مالك بن أوس بن الحدثان، ومجاهد، والزهري، وعكرمة، وميمون بن مهران، وعبد الملك بن مروان.

ومن الفقهاء داود، وأهل الظاهر، احتجاجاً بقول النبي ﷺ: «الوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ» ثم ثبت أن النسب معتبر إذا ثبت في جنبة لم ينتقل إلى غيرها، كذلك الولاء.ـ

ودليلنا: ما قاله الجمهور من جر الولاء، قول النبي ﷺ: «الوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ» ثم ثبت أن النسب معتبر بالآباء دون الأمهات كذلك الولاء معتبر بالآباء دون الأمهات وإنما اعتبر بالأمهات لإعوازه من جهة الآباء ضرورة، فإذا وجد من جهتهم انتقل إليهم، وجرى مجرى ولد الملاعنة إذا اعترف به أبوه بعد لعانه عاد إلى نسبه، ولحق به.

والقصة المشهورة في خبر الولاء ما روي أن الزبير بن العوام ـ رضي الله عنه ـ قدم خيبر، فرأى فتية لعساً ظرافاً، فأعجبه ظرفهم، فسأل عنهم، فقيل له: هم موال لرافع بن خديج أمهم حرة وأبوهم مملوك لآل الحرقة، فاشترى أباهم، وأعتقه، وقال لهم: انتسبوا إليّ فأنتم مواليّ، ونازعه رافع فيهم، فاختصما إلى عثمان، فقضى بولائهم للزبير وعليٌّ حاضرٌ رضي الله عنهم جميعاً[1].

---

(١) البيهقي في السنن الكبرى ١٠/ ٣٢٠.

فإذا ثبت جر الولاء إلى معتق الأب، فأعتق الجد دون الأب، ففي جره ولاءهم عن معتق الأم ثلاثة أوجه، حكاها أبو العباس بن سريج أقاويل:

أحدها: يجر معتق الجد ولاءهم عن معتق الأم، وبه قال شريح، والشعبي، ومالك، لأن الجد والد.

والوجه الثاني: أنه لا يجر ولاءهم لمباشرة الأب للولادة، وبه قال أبو حنيفة.

والوجه الثالث: إن كان الأب حياً لم يجر معتق الجد ولاءهم، وإن كان ميتاً جره، لأن الجر بموت الأب مستقر، ومع بقائه غير مستقر، فعلى هذا الوجه لو جر معتق الجد ولاءهم، ثم أعتق الأب بَعْدُ، ففي جر الولاء عن معتق الجد إلى معتق الأب وجهان:

أحدهما: يجر، وهو الأصح، لأن الولادة فيه مباشرة، وفي الجد بعيدة.

والوجه الثاني: لا يجره لاستقراره في نسب الأبوَّة.

فصل: ولو أعتقت أمة حامل من زوج مملوك، فولدت ابناً، ثم أعتق الأب كان ولاء الابن لمعتق الأم، ولم يجره معتق الأب، لأن عتق الابن مباشرة، والولاء في عتق المباشرة. لا يزول بالجر، ولو لم تلده قبل عتق الأب، وولدته بعد عتقه اعتبرت مدة ولادته بعد عتقها.

فإن ولدته لأقل من ستة أشهر كان عتقه عن مباشرة، وكان ولاؤهما لمعتقها، ولا يجره معتق الأب لعلمنا بكونه حملاً وقت عتقها.

وإن ولدته لأكثر من أربع سنين جر معتق الأب ولاءه عن معتقها، لعلمنا بعدمه وقت عتقها.

وإن ولدته لأكثر من ستة أشهر وأقل من أربع سنين. فهذا يجوز أن يكون وقت العتق موجوداً، ويجوز أن يكون معدوماً، فهو على ضربين:

أحدهما: أن لا يلحق بالزوج، فولاؤه غير مجرور.

والضرب الثاني: أن يلحق بالزوج ففي جر ولائه وجهان:

أحدهما: مجرور لأننا على يقين من حدوث الولادة، وفي شك من تقدمها.

والوجه الثاني: غير مجرور لأننا على يقين من ثبوت ولائه لمعتق أمه، وفي شك من جره إلى معتق أبيه.

فصل: وإذا تزوج حُرٌّ لا ولاء عليه بِمُعْتَقَةٍ عليها ولاء، وأولدها ولداً لم يخل

حال الزوج من أن يكون معروف النسب أو مجهول النسب، فإن كان معروف النسب عريقاً في الحرية كالعرب، فلا ولاء على ولده، لأنه لو أولدها في الرق لم يكن الولد رقيقاً. فكان أولى إذا أولدها بعد ثبوت الولاء أن لا يكون عليه ولاء.

وإن كان الأب مجهول النسب، ففي ثبوت الولاء على ولده لمعتق أمه وجهان:

أحدهما: لا ولاء عليه تغليباً لظاهر الحرية من الأب، وهو الظاهر من مذهب الشافعي.

والوجه الثاني: عليه الولاء لاحتمال حال الأب وثبوت الولاء على الأم، وهو محكي عن أبي حنيفة ومحمد.

فصل: وإذا تزوج العبد معتقة عليها ولاء، وأولدها ابناً دخل في ولاء أمه، ثم اشترى الابن أباه عتق عليه، وكان له ولاؤه، وفي جره لولاء نفسه من معتق أمه وجهان:

أحدهما: لا يجره بعتق أمه، لأنه لا يملك ولاء نفسه، ويكون ولاؤه باقياً لمعتق أمه، وهو الظاهر من مذهب الشافعي لأنه لا يعقل عن نفسه، ولا يرثها، وهو محكي عن أبي حنيفة.

والوجه الثاني: يجر ولاء نفسه بعتق أبيه، ولا يملكه على نفسه، ولكن يزيل به الولاء عن نفسه، ويصير به حراً لا ولاء عليه، لأن عتق الأب يزيل الولاء عن معتق الأم، وهذا قول أبي العباس بن سريج، فعلى هذا لو أولدها ابنتين فاشترت إحداهما أباها عتق عليها، وكان لها ولاؤه، وجرت إلى نفسها ولاء أختها، وفي جرها لولاء نفسها ما قدمناه من الوجهين:

أحدهما: لا تجره، ويكون باقياً عليها لمعتق أمها.

والوجه الثاني: تجره، ويسقط به الولاء عنها.

فإن مات الأب كان ثلثا ميراثه بين بنتيه نصفين بالنسب، والثلث الباقي لبنته المعتقة بالولاء، فإن ماتت بعد الأب البنت التي ليست بمعتقه كان لأختها المعتقة نصف ميراثها بالنسب، ونصفه الباقي بالولاء الذي جرته من معتق أمها، ولو كانت الميتة بعد أبيها هي البنت المعتقة، وخلف أختها كان لأختها نصف ميراثها.

وفي نصفه الباقي وجهان:

أحدهما: لمولى أمها إذا قيل: إنها لا تجر ولاء نفسها.

والوجه الثاني: لبيت المال: إذا قيل: إنها قد جرت ولاء نفسها، ولو اشترت

البنتان أباهما عتق عليهما، وكان ولاؤه بينهما، وجرت كل واحدة منها نصف ولاء أختها عن معتق أمها إليها، فصار لكل واحدة منهما نصف ولاء الأخرى، لأن لها نصف ولاء الأب، وفي النصف الباقي وجهان:

أحدهما: لمعتق الأم إذا قيل: إنها لا تجر ولاء نفسها.

والوجه الثاني: ساقط عنها إذا قيل إنها قد جرت ولاء نفسها، فعلى هذا لو مات الأب كان ميراثه بينهما، ثلثاه بالنسب، وثلثه بالولاء، ولو ماتت بعده إحدى البنتين كان لأختها ثلاثة أرباع ميراثها، نصفه بالنسب، وربعه بالولاء، لأن لها نصف ولائها، وفي الربع الباقي وجهان:

أحدهما: لمولى أمها إذا قيل: إنها لا تجر ولاء نفسها.

والوجه الثاني: لبيت المال إذا قيل إنها قد جرت ولاء نفسها.

وحكى الربيع في مختصره، والبويطي عن الشافعي أن للأخت الباقية سبعة أثمان ميراث الميّتة، وثمنه الباقي لمعتق الأم، وهو خطأ منهما على الشافعي، وإنما قال الشافعي هذا الجواب في غير هذه المسألة، وهو أن تموت إحدى البنتين قبل الأب، فيرثها الأب، ثم يموت الأب، فيكون لبنته الباقية نصف ميراثه بالنسب، ونصفه الباقي لمواليه، وهما بنتاه الحية والميتة، فتأخذ الحية نصفه، وهو الربع، لأن لها نصف ولائه، ونصفه الباقي، وهو الربع لموالي بنته الميتة، وهم أختها الحية، وموالي أمها، لأن الحية قد جرت نصف ولاء الميتة، فتأخذ به نصف هذا الربع، وهو الثمن، فيصير لها من مال أبيها سبعة أثمان نصفه بالنسب، وربعه بالولاء على الأب، وثمنه بجر الولاء من الأب، ويكون ثمنه الباقي لمولى الأم في أحد الوجهين والبيت المال في الوجه الثاني، فغلط الربيع والبويطي، فنقلا هذا الجواب إلى التي تقدمها. والله أعلم.

مُخْتَصَرُ كِتَابِي المُدَبَّرِ مِنَ جَدِيْدٍ وَقَدِيْمٍ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «أَخْبَرَنَا سُفْيَانُ بْنُ عُيَيْنَةَ عَنْ عَمْرِو بْنِ دِيْنَارٍ وَعَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ سَمِعَا جَابِرِ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ يَقُولُ دَبَّرَ رَجُلٌ مِنَّا غُلَاماً لَيْسَ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ «مَنْ يَشْتَرِيْهِ مِنِّي؟ فَاشْتَرَاهُ نُعَيْمُ بْنُ النَّحَّامِ فَقَالَ عَمْرٌو سَمِعْتُ جَابِراً يَقُولُ عَبْدٌ قِبْطِيٌّ مَاتَ عَامَ أَوَّلٍ فِي إِمَارَةِ ابْنِ الزُّبَيْرِ زَادَ أَبُو الزُّبَيْرِ يُقَالُ لَهُ يَعْقُوبُ (قال الشافعي) وَبَاعَتْ عَائِشَةُ مُدَبَّرَةً لَهَا سَحَرَتْهَا وَقَالَ ابْنُ عُمَرَ المُدَبَّرُ مِنَ الثُّلُثِ وَقَالَ مُجَاهِدٌ المُدَبَّرُ وَصِيَّةٌ يَرْجِعُ فِيْهِ صَاحِبُهُ مَتَى شَاءَ وَبَاعَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ العَزِيْزِ مُدَبَّراً فِي دَيْنِ صَاحِبِهِ وَقَالَ طَاوُسُ يَعُودُ الرَّجُلُ فِي مُدَبَّرِهِ».

قال الماوردي: أما التدبير: فهو عتق يعلقه السيد بموته، فيقول لعبده: إذا مت فأنت حر ويقول: أنت حر بموتي أو يقول له: أنت مُدَبَّرٌ، فيعتق عليه بموته.

واختلف في تسميته تدبيراً على ثلاثة أوجه:

أحدها: لأنه يعتق عليه في دبر الحياة، وهو آخرها.

والثاني: لأنه لم يجعل تدبير عتقه إلى غيره.

والثالث: لأنه دبر أمر حياته باستخدامه، وأمر آخرته بعتقه. واختلف أصحابنا في ابتدائه على وجهين:

أحدهما: أنه متقدم في الجاهلية، أقره الشرع في الإسلام على ما كان عليه في الجاهلية، فصار بالإقرار شرعاً.

والوجه الثاني: أنه مُبْتَدَأٌ في الإسلام بنص ورد فيه عمل به المسلمون فاستغنوا بالعمل عن نقل النص، فصار بالنص شرعاً، وصار العمل على النص دليلاً، فدبر المهاجرون والأنصار عبيداً، ودبرت عائشة رضوان الله عليها أمة لها.

فإن كان في حياة الرسول ﷺ فهو عن أمره وإن كان بعد وفاته، فلعلمها به من جهته.

وأجمع المسلمون على جوازه، فأغنى إجماعهم عن دليل فيه.

ومدار التدبير على حديثين:

أحدهما: حديث جابر.

والآخر: حديث عائشة.

فأما حديث جابر فوارد من طريقين.

أحدهما: ما رواه الشافعي عن سفيان عن المتن المتقدم.

والثاني: ما رواه ابن عليه عن أيوب عن الزبير عن جابر أن رجلاً من الأنصار من بني عذرة يقال له: أبو مذكور أعتق غلاماً له عن دُبُرٍ يقال له: يعقوب، لم يكن له مال غيره، فدعا به رسول الله ﷺ فقال: «مَنْ يَشْتَرِيْهِ؟ فاشتراه نُعَيْم بن عبد الله النَّحَّام بثمان مائة درهم، ثم دفعها إليه فقال: «إِذَا كَانَ أَحَدُكُمْ فَقِيراً فَلْيَبْدَأْ بِنَفْسِهِ، فَإِنْ كَانَ فَضْلاً فَعَلَى عِيَالِهِ فَإِنْ كَانَ فَضْلاً فَعَلَى ذَوِي رَحِمِهِ، فَإِنْ كَانَ فَضْلاً فَهَاهُنَا، وَهَاهُنَا»[1]. وأما حديث عائشة رضي الله عنها فرواه سفيان عن يحيى بن سعيد عن أبي الرِّجَالِ عن أم عمرة بنت عبد الرحمن أن مدبرة لعائشة سحرتها فأمرت بها، فبيعت في الأعراب، وجعلت ثلثها في الرقاب.

فصل: فإذا تقرر جواز التدبير، فالمقصود به عتق المدبر بموت سيده وهو ما كان السيد حياً باقٍ على رق سيده وأحكام الرق جارية عليه في استخدامه، وملك أكسابه، وإجارته ونكاحه وطلاقه وشهادته كسائر العبيد، وإن كانت أمة فللسيد وطؤها كسائر الإماء.

وإذا كان كذلك فالتدبير على ضربين: مقيد، ومطلق. فأما المقيد: فهو أن يقول: إن مت من مرضي هذا، أو عامي هذا، فأنت حر فيكون تدبيره معقوداً بشرطه. فإن مات من هذا المرض، أو في هذا العام، عتق بموته وإن لم يمت منها بطل تدبيره، ولم يعتق بموته، في غير ذلك المرض، ولا في غير ذلك العام.

وأما المطلق: فهو أن يقول: متى مت، أو إذا مت فأنت حر أو يقول له: أنت مدبر ففي أي زمان مات وعلى أي صفة مات من مرض، أو قتل عتق بموته، فإنه قتله المدبر ففي عتقه بموته قولان، من اختلاف قوليه في جواز الوصية للقاتل لأن التدبير كالوصية في اعتباره من الثلث. وإذا خرج المدبر من ثلث سيده عتق جميعه بموته، وإن استوعبه الدَّين، رق ولم يعتق، وإن لم يكن لسيده مال غيره، عتق ثلثه بموته ورق ثلثاه لورثته وعلى قول أبي حنيفة يستسعيه الورثة في ثلثيه ويعتق.

---

(١) أخرجه البخاري ٦٠٨/١١ في كفارات الأيمان (٦٧١٦) ومسلم ١٢٨٩/٣ (٩٩٧/٥٨) والشافعي ٦٨/٢ (٢٢٥).

فصل: فأما بيع المدبر وهبته في حياة سيده، فقد اختلف الفقهاء في جوازه على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي أن بيعه جائز في الأحوال كلها في دين، وغير دين، سواء كان تدبيره مطلقاً أو مقيداً وهو في الصحابة قول عائشة رضي الله عنها وابن عمر وجابر وفي التابعين قول عمر بن عبد العزيز وعطاء وطاوس ومجاهد وفي الفقهاء قول أبي ثور، وأحمد وإسحاق.

والثاني: وهو مذهب مالك، أنه كالعتق الناجز في المرض لا يجوز بيعه إلا في الدَّين مقيداً، كان أو مطلقاً.

والثالث: وهو مذهب أبي حنيفة إن كان تدبيره مقيداً جاز بيعه في دين، وغير دين وإن كان مطلقاً، لم يجز بيعه في دين وغير دين فجعله لازماً، إذا أطلق وغير لازم إذا قيد وهو عندنا غير لازم في الحالين، احتجاجاً بما روي عن النبي ﷺ «أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ المُدَبَّرِ».

قالوا: ولأن كل عتق نجز إطلاقه بموت المعتق، منع من جواز البيع كأم الولد.

قالوا: ولأنه لما استفاد بالتدبير اسماً غير اسم العبيد، وجب أن يستفيد به حكماً غير أحكام العبيد، لأن انتقال الاسم يوجب انتقال الحكم، ولو جاز بيعه لبقي على حكمه مع انتقال اسمه، وهذا غير جائز كالمكاتب.

ودليلنا ما رويناه عن النبي ﷺ أنه باع مدبراً على مالكه.

فإن قيل: هو محمول على بيع منافعه بالإجارة قيل: لا يجوز أن يعدل عن حقيقة المذكور إلى مجاز غير مذكور، ما لم يصرف عنه دليل.

فإن قيل: إنما باعه في دين، وقد يباع في الدَّين ما يمنع من بيعه في غير الدين كالمعتق في المرض، قيل: لو كان بيعه لا يجوز إلا في الدَّين لكان بيعه موقوفاً على طلب الغرماء، ولما جاز أن يبيع منه إلا قدر الدَّين، وقد باعه كله بثمن دفعه إليه، وقال له: أنفق على نفسك، ثم على عيالك، ثم على ذوي رحمك، ثم اصنع بالفضل ما شئت فدل على بيعه في الدَّين وغير الدَّين. وقد باعت عائشة رضي الله عنها مدبرتها في غير دين، فدل على جواز بيعه في الدين وغير الدين، ولأن التدبير قول علق به عتق على صفة تفرد بها فلم يمنع من جواز بيعه كتعليقه بجميع الصفات، ولأن من جرى عليه حكم التدبير، جاز بيعه قبل الموت كالتدبير المقيد، ولأن من كان عتقه معتبراً من ثلثه مع صحته جاز له بيعه قبل عتقه كالموصى بعتقه.

فأما الجواب عما رووه عن نهيه عن بيع المدبر، فهو أنه من المناكير التي لا تعرف، ولو صح لكان محمولاً على التنزيه بدليل ما فعله من بيعه.

وأما الجواب عن إلحاقه بأم الولد فهو أنها كالمستهلكة بالإحبال لسرايته إلى حصة الشريك، ولأن عتق أم الولد لازم لاعتباره من رأس المال كالديون، وعتق التدبير غير لازم لاعتباره من الثلث كالوصايا فلهذين ما افترقا في جواز البيع.

وأما الجواب عن أن انتقال الاسم يوجب انتقال الحكم، فهو أنه موجب لزيادة حكم لم يكن قبل انتقال الاسم، وقد وجدت الزيادة بعتقه بالموت، ولم يلزم زوال أحكامه كما لم يلزم زوال استخدامه.

فإذا ثبت جواز بيعه، جازت هبته وجاز كتابته، وجاز تعجيل عتقه.

فأما الرجوع في تدبيره مع بقائه على ملكه، حتى لا يعتق بموته فسنذكره من بعد في موضعه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِعَبْدِهِ أَنْتَ مُدَبَّرٌ أَوْ أَنْتَ عَتِيقٌ أَوْ مُحَرَّرٌ أَوْ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي أَوْ مَتَى مِتُّ أَوْ مَتَى دَخَلْتُ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي فَدَخَلَ فَهَذَا كُلُّهُ تَدْبِيرٌ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ».

قال الماوردي: وكلامه في هذه المسألة يشتمل على فصلين:

أحدهما: فيما يصير به مدبراً.

والثاني: فيما يكون في التركة معتبراً.

فأما الفصل الأول: في الألفاظ التي يكون بها مدبراً:

فألفاظ التدبير على ثلاثة أضرب: صريح، وكناية، ومختلف فيه هل هو صريح، أو كناية.

فأما الصريح: فهو قوله: إذا مت فأنت حر، أو أنت حر بموتي، أو أنت حر بعد موتي، لأنها ألفاظ لا احتمال فيها، ولا فرق بين أن يعلقه بالموت، أو بعد الموت، إذا لم يكن بينه وبين الموت فاصل، لأنه في الحالين واقع بعد الموت.

وأما الكناية: فهو أن يقول: إذا مت فأنت حرام، أو مسيب أو مخلى، أو مالك لنفسك، أو لا سبيل لأحد عليك إلى نظائر هذه الألفاظ المحتملة.

فإن أراد بها العتق صار مدبراً، وإن لم يرد بها العتق لم يكن مدبراً، واعتبار الإرادة أن يكون مع لفظه فإن تجرد اللفظ عن الإرادة ثم أراده بعد انقضاء اللفظ، لم يصر مدبراً، لأن انفصال النية عن الكناية مبطل لحكم الكناية، ويكون السيد هو المسؤول عن إرادته. هل أردت به العتق، أو لم ترد، ولا يسأل هل أردت به التدبير، أو لم ترد، لأنه لما علقه بالموت توجه إلى التدبير ولم يتوجه إلى العتق الناجز، ولكن لو أطلق هذه الألفاظ ولم يعلقها بالموت جاز أن يريد بها العتق الناجز وجاز أن يريد

بها التدبير بعد الموت وجاز أن لا يريد بها واحداً منهما، فيرجع إلى إرادته فما ذكره فيها من شيء كان قوله فيه مقبولاً فإن قال السيد: أردت به التدبير، وقال العبد: بل أردت به العتق الناجز، كان له إحلاف سيده. ولو قال السيد: لم أرد به التدبير، وقال العبد: بل أردت به التدبير لم يكن له إحلاف سيده، لأن التدبير ليس بلازم والعتق الناجز لازم.

وأما المختلف فيه: هل هو صريح، أو كناية، فهو لفظ التدبير أن يقول لعبده: أنت مدبر. فالذي نص عليه الشافعي أنه يكون صريحاً لا يرجع فيه إلى إرادته، ويعتق عليه بموته.

وقال في الكناية: إذا قال لعبده قد كاتبتك على كذا لم يكن صريحاً في عتقه بالأداء، حتى يقول: فإذا أديت إليَّ آخرها فأنت حر.

فاختلف أصحابنا في لفظ التدبير والكتابة، فمنهم من جمع بينهما وخرجهما على قولين:

أحدهما: أنهما صريحان على ما نص عليه في التدبير.

والثاني: أنهما كنايتان على ما نص عليه في الكتابة.

ومنهم من قال: التدبير صريح، والكناية على قولين، ومنهم من قال التدبير صريح، والكتابة كناية لوقوع الفصل بينهما من وجهين:

أحدهما: أن لفظ التدبير مشهور في الخاصة والعامة، والكناية يعرفها الخاصة دون العامة.

والثاني: أن الكناية مترددة بين صريحين من عتق ومكاتبة. والتدبير ليس له صريح سواه، وإذا كان التدبير صريحاً ثبت حكمه في كل من تلفظ به في عبده، سواء عرف حكمه أو لم يعرف كصريح العتق والطلاق.

فإن علق تدبيره بصفة فقال: إن دخلت الدار فأنت مدبر فليس بمدبر ما لم يدخل الدار فإذا دخلها في حياة سيده صار مدبراً، يعتق بالموت، ولو دخلها بعد موت سيده، لم يعتق، لأنه لا يصح التدبير بعد الموت، لفوات الصفة بالموت.

فإن قال له: إذا دفعت إلي عشرة دنانير فأنت مدبر صار مدبراً بدفع جميعها، ولو دفعها إلا يسيراً لم يصر مدبراً، ولو قال: إذا قرأت القرآن فأنت مدبر كان تدبيره معتبراً بقراءة جميع القرآن. فلو قرأه إلا آية منه لم يصر مدبراً.

ولو قال: إذا قرأت قرآناً صار مدبراً بقراءة آية منه، لأن دخول الألف واللام توجب استيعاب الجنس، وحذفهما لا يوجبه، ولو علق تدبيره بصفتين ثبت التدبير بوجودهما، ولم يثبت بوجود أحدهما، ولو علقه بعشر صفات لم يثبت بوجود تسع،

حتى يستكمل العشر كلها في حياة سيده ولا يصح تعليق الكتابة بالصفة، وإن صح تعليق التدبير بالصفة، لأن الكتابة من عقود المعاوضات التي لا يجوز تعليقها بالصفات.

ولو قال لعبده: إذا دخلت الدار فأنت حر، فدخلها بعد موته لم يعتق لزوال ملكه، ولو قال: إذا دخلت الدار بعد موتي فأنت حر، عتق ما لم يقتسم به الورثة، وصار كالموصى بعتقه.

فصل: وأما الفصل الثاني: فيما يكون معتبراً في التركة وهو قيمة المدبر وقيمته معتبرة في وقت موت السيد لا في وقت تدبيره، لاعتبارها بالعتق الذي صار به مستهلكاً، وهي معتبرة من الثلث لا من رأس المال فإن احتمله الثلث وإلاّ عتق منه قدر ما احتمله الثلث، ورق باقيه للورثة، وهذا قول جمهور الصحابة، والتابعين والفقهاء، وسواء دبره في صحته، أو في مرضه. وذهبت طائفة إلى أنه يعتق من رأس المال، ولا يرق بعد العتق. قاله من الصحابة عبد الله بن مسعود حكاه زكريا الساجي عنه ومن التابعين سعيد بن جبير ومسروق.

ومن الفقهاء: حماد ابن أبي سليمان، والحكم بن عتيبة وإبراهيم النخعي وداود اعتباراً بعتق أم الولد، لأن عتقها واقع بالموت.

والدليل على أنه من الثلث ما رواه عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «المُدَبَّرُ مِنَ الثُّلُثِ». ورواه الشافعي موقوفاً عن ابن عمر، ولأن عتقه في المرض أمضى، وهو معتبر من الثلث، فكان التدبير أولى أن يعتبر من الثلث، ولأن ما لا يلزم قبل الموت كان لزومه بالموت موجباً لاعتباره من الثلث، كالوصايا وهذا خالف أم الولد للزوم عتقها قبل الموت.

فإذا تقرر أنه في الثلث واحتمله الثلث، وهو أن تكون قيمته مائة درهم وترك للورثة مائتي درهم فأكثر، عتق بالموت لحصول مثلي قيمته للورثة ولو لم يترك السيد شيئاً، وكسب المدبر مائتي درهم في حياة سيده، كانت من تركة السيد وعتق بها لمصير الورثة إلى مثلي قيمته ميراثاً، ولو كسبها بعد موت سيده، كانت بينه وبين الورثة ملكاً، لا تضاف إلى التركة، ولا يدخل بها في عتقه، ويكون فيها مدبراً لم يترك سيده سواه، فيعتق ثلثه بالموت وثلثاه موقوف للورثة إلا أن يجيز الورثة عتق باقيه، فيعتق جميعه ويكون في ولائه قولان:

أحدهما: للسيد إذا قيل: إن إجازتهم أمضى لوصيته.

والثاني: يكون للسيد ثلث ولائه، ولهم ثلثاه إذا قيل إنَّ إجازتهم عطية منهم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يُعْتَقُ فِي مَالِ غَائِبٍ حَتَى يَحْضُرَ».

قال الماوردي: إذا مات وقد دبر عبداً قيمته مائة درهم وترك مالاً غائباً، يخرج المدبر من ثلثه لم يخل حال الورثة في المال الغائب من أن يقدروا على التصرف فيه، أو يعجزوا عنه فإن عجزوا عنه كان عتق المدبر موقوفاً على قدوم الغائب لأن عتقه وصية في الثلث، والوصايا لا تمضى إلا أن يحصل الورثة مثلاها، وقد يجوز أن يتلف الغائب ولا يصل إلى الورثة. وإذا كان كذلك لم يختلف أصحابنا أن ثلثي المدبر موقوف على قدوم الغائب، واختلفوا في إمضاء العتق في ثلثه على وجهين:

أحدهما: يعتق، لأنه لو لم يترك سواه لعتق ثلثه، فإذا ترك معه مالاً غائباً فأولى أن يعتق ثلثه.

والوجه الثاني: لا يعتق شيء منه، فيوقف جميعه، لئلا ينفذ في العتق ما لم يصل إلى الورثة مثلاه، لأن باقيه موقوف لم يصل الورثة إليه، ولو لم يكن له مال سواه لتصرف الورثة في باقيه، فلذلك كان العتق موقوفاً كما كان حق الورثة موقوفاً، وبهذا المعنى فرقنا بينه وبين من لم يملك سواه. وكلام الشافعي يحتمل الوجهين:

الأول: منهما قول الأكثرين.

والثاني: اختيار أبي حامد الإسفراييني، ونحن نفرع على الوجهين معاً.

فإذا قيل بالوجه الأول أنه يتعجل عتق ثلثه ملك المدبر به ثلث كسبه، وكان ثلثاه وثلثا كسبه موقوفاً. فإن قدم من الغائب خمسون، عتق نصفه، لأن الخمسين مع قيمته مائة وخمسون، وقيمة نصفه ثلثها، ولو قدم من الغائب مائة عتق ثلثاه، لأن المائة مع قيمته مائتان وثلثاه ثلثها فإن قدمت مائة ثانية، عتق جميعه لوصول الورثة إلى مثلي قيمته، وإن تلفت، ولم تصل استقر العتق في ثلثيه ورق للورثة ثلثه، فصار لهم مع المائة الواصلة مثلا ما عتق من ثلثيه. وإن قيل بالوجه الثاني: إن عتق جميعه موقوف، كان جميع كسبه موقوفاً فإن قدم من الغائب خمسون، وكان باقياً مرجواً عتق ربعه، لأن الخمسين مثلا ربعه، وإن كان باقيه تالفاً، عتق نصفه لأن الخمسين مع رق نصفه مثلا نصفه ولو كان القادم من الغائب مائة، وكان باقيه مرجواً عتق نصفه، لأن المائة مثلا نصفه. ولو كان باقيه تالفاً عتق ثلثاه، لأن المائة مع رق ثلثه مثلاً ثلثيه، فإن قدمت مائة ثانية، عتق جميعه وإلا فقد استقر العتق في ثلثيه والرق في ثلثه، وملك ثلثي كسبه، وللورثة ثلث كسبه.

فصل: وإن قدر الورثة على التصرف في المال قبل قدومه، لم يعتبر في عتقه قدوم المال، واعتبر فيه قدرتهم على التصرف، فإذا مضى زمان قدرتهم على التصرف

فيه، عتق عليهم، وإن لم يتصرفوا، لانهم بالقدرة عليه في حكم المتصرفين فيه، إلا أن يحدث عذر يمنع من التصرف، فلا يعتق عليهم إلا بعد زواله، سواء كان العذر منهم كالمرض، أو من غيرهم كالحبس فإن قدر على التصرف فيه بعضهم، وعجز عنه بعضهم، عتقت حصة القادر، ووقفت حصة العاجز. وهكذا الدَّين يكون كالمال الغائب، لا يعتق فيه إلا بعد قبض الورثة مثلي قيمته.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ إِنْ شِئْتَ فَأَنْتَ حُرٌّ مَتَى مِتُّ فَشَاءَ فَهُوَ مُدَبَّرٌ».

قال الماوردي: وهذا عقد تدبير بِصِفَةٍ، وهي مشيئة العبد ومشيئته معتبرة على الفور، دون التراخي.

واختلف أصحابنا: هل تعتبر في فورها مشيئة القبول في الشراء، أو مشيئة الجواز في التخيير؟ على وجهين:

أحدهما: يعتبر فيها مشيئة القبول في الشراء، لأنه تمليك. فعلى هذا إن شاء العبد عقيب قول سيده، انعقد تدبيره، وإن أخره عنه لم ينعقد.

والوجه الثاني: تعتبر مشيئة الجواز في التخيير، لأنه يحتاج إلى فكر، فعلى هذا إن شاء العبد في المجلس من غير أن يشرع في غيره، انعقد تدبيره وإن شرع في غيره، أو قام عن مجلسه لم ينعقد. فلو قال العبد في المجلس: قد شئت ثم قال: لست أشاء، انعقد تدبيره بالمشيئة الأولة. ولم يبطل بتركه لها. ولو قال ابتداءً: لست أشاء ثم قال: شئت بطل التدبير ولم يثبت بالمشيئة الثانية اعتباراً بأسبقهما منه.

فصل: ولو قال له متى شئت فأنت حر، إذا مت أو متى مت كان مشيئة العبد على التراخي في حياة السيد بخلاف «إن» و «إذا»، لأن «متى» موضوعة للزمان، فاستوى فيها جميع الأزمان و «إن» و «إذا» موضوعة للفعل، فاعتبر فيها زمان الفعل فإن أخر العبد المشيئة، حتى مات السيد، ثم شاء لم يعتق. وإن كانت مشيئته على التراخي، لأنها مشيئة في عقد التدبير والتدبير لا ينعقد بعد الموت.

ولو قال في حياة السيد: قد شئت، ثم قال: لست أشاء ثبت التدبير بالمشيئة ولم يبطل بالرجوع المتأخر، ولو قال: لست أشاء ثم قال: شئت ثبت التدبير بالمشيئة المتأخرة، ولم يبطل بتركها المتقدم بخلاف ما تقدم، لأن المشيئة هاهنا على التراخي. فراعينا وجودها متقدمة ومتأخرة، وهناك على الفور فراعينا ما تقدم.

فصل: ولو قال السيد: إن شاء زيد فأنت حر إذا مت، أو متى شاء زيد فأنت حر متى مت، فمشيئة زيد على التراخي قبل موت السيد، ويستوي في مشيئته حكم «إنْ»

و «متى» و «إذا» بخلاف تعليقه بمشيئة العبد التي يختلف فيها حكم «إن» و «متى» والفرق بينهما: أن تعليقه بمشيئة زيد صفة يعتبر بوجودها فاستوى فيها قريب الزمان وبعيده، وتعليقه بمشيئة العبد تمليك وتخيير، فافترق فيه حكم قريب الزمان وبعيده. فإن أخر زيد المشيئة حتى مات السيد، ثم شاء لم ينعقد التدبير، وكان العبد على رقه بعد موت سيده، لأن تعليق الحكم بالصفة هو شرط يتقدم على المشروط.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ إِذَا مِتُّ فَشِئْتَ فَأَنْتَ حُرٌّ أَوْ قَالَ أَنْتَ حُرٌّ إِذَا مِتُّ إِنْ شِئْتَ فَسَواءٌ قَدَّمَ الْمَشِيْئَة أَوَ أَخَّرَهَا لاَ يَكُونُ حُرًا إِلاَّ أَنْ يَشَاءَ».

قال الماوردي: وهذا عتق بِصِفَةٍ بعد الموت، فإذا قال: إذا مت فشئت فأنت حر، اعتبرت مشيئته بعد موت السيد ولم يكن لها تأثير قبل موته، ومشيئته بعد الموت معتبرة بالفور في المجلس الذي علم فيه بموته، وهل تكون مشيئة قبول، أو مشيئة تخيير على ما ذكرناه من الوجهين، ولا يكون هذا تدبيراً، وإن كان الموت شرطاً في عتقه، لأن التدبير هو العتق الواقع بالموت، وهذا عتق يقع بصفة بعد الموت وهكذا لو قال: أنت حر إذا مت إن شئت، كان عتقاً بصفة بعد الموت تعتبر مشيئة العبد بعد موت سيده على الفور على ما ذكرناه من الوجهين، فلو شاء قبل موت سيده ففيه وجهان:

أحدهما: من اختلاف أصحابنا في معنى قول الشافعي «وسواء قدم المشيئة، أو أخرها»، فذهب البغداديون إلى أنه أراد سواء قدم المشيئة قبل الموت، أو أخرها. بخلاف قوله: إذا مت فشئت، لأن «الفاء» في المشيئة توجب التعقيب فعلى هذا يعتق، إذا شاء قبل موت سيده، ويكون هذا تدبيراً ولو لم يشأ إلا بعد موت سيده، عتق وكان عتقاً بصفة بعد الموت؛ وذهب البصريون إلى أنه أراد، سواء قدم المشيئة في لفظه أو أخرها وتكون مشيئةً معتبرة بعد الموت، ولا تأثير لها قبل الموت فإن شاء بعد الموت عتق، وإلا رق للورثة.

ولو قال السيد إذا مت فأنت حر متى شئت كانت مشيئته بعد الموت على التراخي ممتدة، إلى أن يشرع الورثة في تنفيذ الوصايا، وقسمة المواريث، فتصير مشيئته على الفور معتبرة بجواب التخيير وجهاً واحداً، ولا يعتبر فيه فور القبول. فمتى شاء في مجلس تخيره، عتق وإلا رق إن أخر لما قدمناه من الفرق بين «متى» و «إن».

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ شَرِيْكَانِ فِي عَبْدٍ مَتَى مِتْنَا فَأَنْتَ حُرٌّ لَمْ يُعْتَقْ إِلاَّ بِمَوْتَ الآخَرِ مِنْهُمَا».

قال الماوردي: وأصل هذا أن التدبير يصح في العبد كله، وفي بعضه من مالك الكل، ومالك البعض، فإذا قال الرجل لعبد بينه وبين شريكه: إذا مت فأنت حر، عتق

ملكه منه بموته، ولم يقوّم عليه حصة شريكه موسراً مات، أو معسراً. ولا تقويم بعد الموت، لأنه بعد الموت غير مالك فصار كالمعسر.

ولو قال لعبد يملك جميعه: إذا مت فنصفك حر انعقد التدبير في نصفه، وفي سراية التدبير إلى نصفه الباقي قولان:

أحدهما: يسري إليه ويصير جميعه مدبراً، لأنه لما سرى العتق، سرى السبب المفضي إلى العتق.

والقول الثاني: وهو المنصوص عليه، أن التدبير لا يسري وإن كان العتق يسري لأن التدبير أضعف من العتق فضعف عن السراية.

فعلى هذا يكون نصفه مدبراً، ونصفه رقا قناً فإذا مات السيد عتق نصفه بموته عن تدبيره وفي عتق نصفه الباقي وجهان من اختلاف وجهي أصحابنا في سراية عتق الحي إلى بقية ملكه. هل تسري بلفظه أو بعد استقرار عتقه. على وجهين:

أحدهما: تسري بلفظه، فعلى هذا يصير جميع العبد حراً، يعتق منه نصفه تدبيراً، ونصفه سراية، ويكون الفرق بين أن يجعل التدبير في الحياة سارياً، وبين أن يجعل العتق بالموت سارياً، يتصور تأثيره إذا رجع في تدبير نصفه فإن جعلنا العتق سارياً كان نصفه الباقي مدبراً، لأن الرجوع لا يسري وإن كان التدبير يسري، وإن لم يجعل التدبير سارياً إلى جميعه، صار بالرجوع في تدبير نصفه عبداً قناً، لا يعتق بموته.

والوجه الثاني: أن عتقه في الحياة لبعضه يسري إلى جميعه بعد استقرار عتقه في بعضه. فعلى هذا لا يعتق عليه بالتدبير بعد الموت إلا نصفه، ويكون نصفه الباقي مرقوقاً لورثته.

ولو كان عبداً بين شريكين، فدبر أحدهما حصته، ثم عجل الآخر عتق حصته، نظر في حصة المدبر. فإن رجع في تدبيره قومت على المعتق حصة المدبر، إذا كان موسراً بها وعتق عليه جميعه لزوال التدبير بالرجوع عنه.

وإن كان التدبير على حاله باقياً في حصة المدبر ففي تقويمهما على المعتق قولان:

أحدهما: يعتق عليه، ويقوم في حقه، لبقائها على الرق حكماً.

والقول الثاني: تكون باقية على التدبير ولا تقوّم على المعتق لما استقر فيها قبل عتقه من عتقها في حق المالك بتدبيره. ولو كان العبد بين شريكين، فدبر أحدهما حصته دون شريكه، صح التدبير في حصته، وفي تقويم حصة شريكه عليه قولان:

أحدهما: وهو قول مالك وأبي حنيفة، يقوم عليه إذا كان موسراً بها، لأنه سبب يفضي إلى لزوم عتقه كاملاً بحصته.

والقول الثاني: وهو المنصوص عليه، لا تقوّم عليه حصة الشريك، لأنه كالعازم على عتقه، وهو بعد التدبير باق على أحكام رقه، فإذا قيل بالأول أنه تقوم عليه حصة الشريك ففيها بعد التقويم وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: يكون رقاً قناً، ولا يصير مدبراً بالسراية، حتى يدبرها، لأن المقصود في التقويم إزالة الضرر عن الشريك، فعلى هذا إذا مات السيد عتقت بموته الحصة التي دبرها، وفي سراية عتقه إلى باقيه وجهان:

والوجه الثاني: وهو قول أبي حامد الإسفراييني، أنها تصير مدبرة بسراية التدبير إليها، وإن لم يتلفظ بتدبيرها، فيكون جميعه مدبراً.

وإذا قيل بالثاني: أنه لا يقوّم على من دبر حصته من لم يدبر، كان نصفه مدبراً، ونصفه رقاً قناً.

فإن عجل المدبر عتق حصته قبل موته، قومت عليه حصة شريكه، وعتق عليه جميعه، ولو أعتق غير المدبر حصته عتقت وفي تقويم الحصة المدبرة عليه قولان على ما مضى.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرناه، فصورة المسألة في عبد بين شريكين قالا: إذا متنا فأنت حر لم يعتق حصة واحد منهما إلا بموتهما، سواء اتفقا على القول في حالة واحدة، أو تقدم فيه أحدها على الآخر، لأن كل واحد منهما علق عتق حصته بصفتين هما: موته وموت شريكه، فلم يعتق بموت أحدهما لأن موته إحدى الصفتين في عتقه، وكانت حصة كل واحد منهما مترددة بين أن يعتق عليه عن وصيته بعد الموت إن تقدم موته، وبين أن يعتق عليه بتدبير يقع بالموت إن تأخر موته، وإذا كان كذلك لم يخل موتهما من أن يختلف، أو يتفق. فإن اتفق موتهما معاً في حالة واحدة عتق عليهما وفي حكم عتقه عليهما وجهان:

أحدهما: عتق عليهما تدبيراً، لاتصال عتقه بموته.

والوجه الثاني: عتق عليهما وصية لا تدبيراً، لأن التدبير ما تفرد عتقه بموته، ولم يقترن بغيره، وإن مات أحدهما قبل الآخر، تعين فيه عتق حصته بالوصية، ولم تعتق عليه بموته وكان عتقها موقوفاً على موت شريكه، وتعين العتق في الباقي منهما بالتدبير لوقوعه بموته، وَمُنِعَ ورثة المتقدم بالموت من بيعه، وإن كان في الحكم باقياً

على رقه، وملكوا عليه أكساب حصتهم منه، فإذا مات الشريك الباقي عتق حينئذٍ جميعه بوصية الأول، وتدبير الثاني.

ولو أراد الثاني بيع حصته قبل موته، جاز ولم يجز بيع ورثة الأول، ويكون عتق حصة الأول موقوفة على موت الباقي بعد بيعه، فيعتق بموت الثاني حصة الأول دون الثاني، ولو كان هذا القول من أحد الشريكين دون الآخر، فقال واحد منهما: إذا متنا فأنت حر لم تعتق حصته إلا بموتهما سواء تقدم موته أو تأخر، وكان عتق حصته مترددة بين أن يعتق عليه بالوصية إن تقدم موته، وبالتدبير إن تأخر موته، وحصة الشريك الآخر باقية على الرق في حياته، وبعد موته سواء تقدم موته، أو تأخر.

وفَرَّعَ الشافعي على هذا في المبسوط من كتاب الأم إذا قال الشريكان في العبد: أنت حبيس على موت الآخر منا ثم تكون حراً، كان الجواب فيه على ما مضى من عتق حصة الأول بالوصية، وعتق حصة الثاني بالتدبير، ويختص هذا التفريع بحكم زائد، وهو أن يكون كسب العبد بعد موت الأول، وقبل موت الثاني ملكاً للثاني ولا يكون لورثة الأول لأنه لما جعله حبيساً على موت الثاني جعله كالعارية في ذمته مدة حياته، ولم يكن وقفاً، لأن الوقف ما كان مؤبداً ولم يتقدر بمدة، فإذا قدر بها خرج عن حكم الوقف إلى العواري، ولم يكن للورثة أن يرجعوا في حكم هذه العارية. وإن جاز الرجوع في العواري لأنها عن وصية ميتهم، فلزمت بموته كسائر الوصايا، وليس لهم أن يعتبروا كسب العبد في ثلث الميت، وإن كان موصى به لدخول كسبه في قيمة رقبته المعتبرة من ثلثه. فلو كانت المسألة بحالها فقتل العبد بعد موت الأول، وقبل موت الثاني مات بالقتل عبداً، لأن صفة عتقه لم تكمل، وكانت قيمته بين الثاني، وورثة الأول، وكان لهم أن يحتسبوا بما أخذه الثاني من كسب العبد في ثلث الأول، لأنه مأخوذ بوصيته، ولم يدخل في قيمة رقبته.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ سَيِّدُ الْمُدَبَّرِ قَدْ رَجَعْتُ فِي تَدْبِيرِكَ أَوِ نَقَضْتُهُ أَوْ أَبْطَلْتُهُ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ نَقْضاً لِلتَّدْبِيرِ حَتَّى يُخْرِجَهُ مِنْ مِلْكِهِ وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ إِنْ قَالَ إِن أَدَّى بَعْدَ مَوْتِي كَذَا فَهُوَ حُرٌّ أَوْ وَهَبَهُ هِبَةَ بَتَاتٍ قَبَضَ أَوْ لَمْ يَقْبِضْ وَرَجَعَ فَهَذَا رُجُوعٌ فِي التَّدْبِيرِ (قال المزني) هَذَا رُجُوعٌ فِي التَّدْبِيرِ بِغَيْرِ إِخْرَاجٍ لَهُ مِنَ مِلْكِهِ وَذَلِكَ كُلُّهُ فِي الْكِتَابِ الْجَدِيدِ وَقَالَ فِي الْكِتَابِ الْقَدِيمِ لَوْ قَالَ قَدْ رَجَعْتُ فِي تَدْبِيرِكَ أَوْ فِي رُبُعِكَ أَوْ فِي نِصْفِكَ كَانَ مَا رَجَعَ عَنْهُ رُجُوعاً فِي التَّدْبِيرِ وَمَا لَمْ يَرْجِعْ عَنْهُ مُدَبَّراً بِحَالِهِ (وَقَالَ الْمُزَنِيُّ) وَهَذَا أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ بِأَصْلِهِ وَأَصَحُّ لِقَوْلِهِ إِذَا كَانَ الْمُدَبَّرُ وَصِيَّةً فَلِمَ لاَ يَرْجِعُ فِي الْوَصِيَّةِ وَلَوْ جَازَ لَهُ أَنْ يُخَالِفَ بَيْنَ ذَلِكَ فَيُبْطِلُ الرُّجُوعَ فِي الْمُدَبَّرِ وَلاَ

يُبْطِلُهُ فِي الْوَصِيَّةِ لِمَعْنىً اخْتَلَفَا فِيهِ جَازَ بِذَلِكَ الْمَعْنَى أَنْ يُبْطِلَ بَيْعَ الْمُدَبَّرِ ولاَ يُبْطِلُ فِي الْوَصِيَّةِ فَيَصِيرُ إِلَى قَوْلِ مَنْ لاَ يَبِيعُ الْمُدَبَّرَ وَلَوْ جَازَ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ الْمُدَبَّرِ وَالأَيْمَانِ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ جَازَ إِبْطَالُ عِتْقِ الْمُدَبَّرِ لِمَعْنَى الحِنْثِ لأَنَّ الأَيْمَانَ لاَ يَجِبُ الْحِنْثُ بِهَا عَلَى مَيِّتٍ وَقَوْلُهُ فِي الجَدِيدِ وَالْقَدِيمِ بِالرُّجُوعِ فِيهِ كَالْوَصَايَا مُعْتَدِلٌ مُسْتَقِيمٌ لاَ يَدْخُلُ عَلَيْهِ مِنْهُ كَبِيرُ تَعْدِيلٍ».

قال الماوردي: وأصل هذا اختلاف قول الشافعي في التدبير هل يجري مجرى الوصايا، أو مجرى العتق بالصفات؟ فقال في القديم وأحد قوليه في الجديد: إنه يجري مجرى الوصايا وبه قال عطاء وطاوس، وهو اختيار المزني، والربيع، ليكون له الرجوع في تدبيره فعلاً بإخراجه عن ملكه، وقولاً مع بقائه على ملكه.

وقال في قوله الثاني في الجديد: أنه يجري مجرى الأيمان والعتق بالصفات، وهو اختيار أكثر المتأخرين من أصحاب الشافعي، ليكون له الرجوع في تدبيره فعلاً بإخراجه عن ملكه ولا يكون له الرجوع في تدبيره قولاً مع بقائه على ملكه. فإذا قيل إنه يجري مجرى الوصايا فوجهه شيئان:

أحدهما: أنه من العطايا الناجزة بالموت، فأشبه الوصايا.

والثاني: أنه معتبر في الثلث كالوصايا.

وإذا قيل: إنه يجري مجرى الأيمان والعتق بالصفات، فوجهه شيئان:

أحدهما: أنه عتق معلق بوجود صفة، فأشبه قوله إذا مات زيد فأنت حر.

والثاني: أن ما لم يجر عليه بعد الموت ملك، ولم يعتبر فيه قبول خرج عن الوصايا إلى العتق في المرض.

فأما المزني فإنه احتج لاختياره أنه كالوصايا بثلاث مسائل أبان بها مذهب الشافعي أن التدبير كالوصايا واسْتِدْلاَلاَنِ احتج بهما لنصرة اختياره.

فأما المسائل الثلاث:

فأحدها: ما حكاه عن الشافعي أنه لو قال لمدبره: إذا أديت كذا بعد موتي، فأنت حر، عتق بالأداء بعد الموت، ولم يعتق بالموت، قال: وهذا رجوع في التدبير مع بقائه على الملك. فيقال للمزني هذا: إنما فرَّعه الشافعي على قوله في التدبير أنه كالوصايا، فيبطل به التدبير ويثبت به العتق بالأداء بعد الموت.

وأما على قوله: إن التدبير كالأيمان، والعتق بالصفات فيعتق بالموت ويسقط

حكم الأداء بعد الموت، لأنه قد علق عتقه بصفة متقدمة، ثم علقه بصفة متأخرة، فعتق بأسبقهما والموت أسبق، كما لو قال لعبده: إن قدم زيد فأنت حر وإن قدم عمرو فأنت حر. عتق بأسبقهما قدوماً.

والمسألة الثانية: ما حكاه عن الشافعي أنه قال: لو وهب المدبر هبة بتات قبض أو لم يقبض، كان رجوعاً.

والجواب في حكم الهبة أنه إن أقبضها صح رجوعه على القولين معاً لخروجه عن ملكه كالبيع، وإن لم يقبضها كان رجوعاً في التدبير إن أجري مجرى الوصايا، وفي صحة رجوعه إن أجري مجرى العتق بالصفات وجهان:

أحدهما: لا يكون رجوعاً لبقائه على ملكه.

والوجه الثاني: يكون رجوعاً لشروعه في إخراجه عن ملكه.

والمسألة الثالثة: ما حكاه عن الشافعي من رجوعه في تدبير ربعه أو نصفه، والحكم فيه كالحكم في رجوعه في تدبير جميعه إن قيل بأنه كالوصايا جاز، وإن قيل بأنه كالعتق بالصفات لم يجز، لأنه يجوز أن يدبر بعض عبده، كما يجوز أن يدبر جميعه. وإنما اختلف أصحابنا في تدبير بعضه هل يعتق به جميعه إذا مات أم لا؟ على وجهين بناءً على ما قدمناه من الوجهين في حكم السراية.

واختلف أصحابنا إذا قال: قد رجعت في تدبير رأسك على وجهين:

أحدهما: أنه يكون كالتصريح بالرجوع في جميعه، لأنه قد يعبر عنه بالرأس فيقال: هذا رأس من الرقيق، فيكون على القولين.

والوجه الثاني: لا يكون رجوعاً في شيء منه على القولين، لأن التدبير صريح في جميعه، والرجوع كناية محتملة في بعضه فلم يبطل حكم الصريح بالاحتمال، ويخالف حكم رجوعه في ربعه أو نصفه، لأنه صريح في مقدر قَابَلَ صريحاً عاماً. فلم يكن في هذه المسائل الثلاثة دليل على اختياره، وإنما هي تفريع عليه.

وأما استدلاَلاَهُ على نصرة اختياره في جواز رجوعه:

فأحدهما: إن قال منعه من الرجوع في تدبيره مفضٍ إلى المنع من بيعه، ولم يختلف مذهبه في جواز بيعه، فلزم أن لا يختلف قوله في جواز رجوعه وهذا منقوض بالعتق بالصفة يجوز بيعه ولا يجوز الرجوع في تعليق عتقه بالصفة، فلم يلزم الجمع بين جواز البيع وجواز الرجوع.

والاستدلال الثاني: إن قال الأيمان والعتق بالصفات يبطل بالموت، وعتق المدبر

يقع بالموت، فصار التدبير مضاداً للأيمان، والعتق بالصفات فلم يجز أن يجري على حكمهما.

والجواب عنه: أن الأيمان والعتق بالصفات لمّا لم يتعلق حكمهما بالموت جاز أن يبطل حكمهما بالموت، والتدبير حكمه يتعلق بالموت، فلم يبطل بالموت.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين، فإذا قيل: إنه يجري مجرى الوصايا صح رجوعه في التدبير مع بقائه على ملكه، كما يصح الرجوع فيه بإخراجه لكل قول صريح في الرجوع مثل قوله: قد رجعت في تدبيرك، أو نقضته، أو أبطلته، أو رفعته، أو فسخته، أو أزلته، فإن لم يصرح به وأشار إليه، فالإشارة كناية لا تقوم مقام الصريح في الرجوع، ولو عرض للبيع فهل يكون كالتصريح في الرجوع على وجهين:

أحدهما: يكون رجوعاً صريحاً في تدبيره، لأنه شروع في إخراجه من ملكه، فكان أقوى من التصريح ببقائه على ملكه.

والوجه الثاني: لا يكون رجوعاً صريحاً وتدبيره بعد الغرض باق ما لم يبعه، لأن عقده يحتمل أن يريد به معرفة قيمته فلم يصر بهذا الاحتمال رجوعاً صريحاً في تدبيره.

وإذا قيل إن التدبير يجري مجرى العتق بالصفات، صح الرجوع فيه بإخراجه عن ملكه.

فأما رجوعه فيه بالقول فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون القول غير مقتض لإخراجه عن ملكه. كالألفاظ المقدمة من صريح، أو كناية، فلا يصح به الرجوع في تدبيره.

والضرب الثاني: أن يكون القول غير مخرج له عن ملكه في الحال ويفضي إلى إخراجه عن ملكه في ثاني حال، وهو أن يجعله عوضاً في جعالة، أو يتلفظ بهبته من غير قبض ففي كونه رجوعاً في تدبيره وجهان مضيا.

ولو وقفه بعد التدبير، كان رجوعاً في تدبيره، لأنه قد أخرجه بالوقف عن ملكه، ولو رهنه بعد تدبيره كان في صحة رهنه ثلاثة أقاويل:

أحدها: رهنه باطل على القولين معاً.

والثاني: جائز على القولين معاً.

والثالث: جائز إن قيل إنه يجري مجرى الوصايا، وباطل إن قيل إنه يجري مجرى العتق بالصفات فإن قيل: يجوز رهنه بطل تدبيره إن أجري مجرى الوصايا، وفي بطلانه إن أجري مجرى العتق بالصفات وجهان، لأن الرهن مفضٍ إلى بيعه، وإن قيل

بفساد رهنه، لم يبطل تدبيره إن أجري مجرى العتق بالصفات. وفي بطلانه إن أجري مجرى الوصايا وجهان، لأنه تعريض لبيعه، ويجوز إذا دبر جميع عبده أن يرجع في تدبير بعضه، فيكون ما رجع منه مرقوقاً، وما لم يرجع فيه مدبراً. وقيل: لا يجوز الرجوع في تدبير بعضه، إذا قيل إن تدبير بعضه يكون سارياً إلى جميعه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَجِنَايَةُ الْمُدَبَّر كَجِنَايَةِ الْعَبْدِ يُبَاعُ مِنْهُ بِقَدْرِ جِنَايَتِهِ وَالْبَاقِي مُدَبَّرٌ بِحَالِهِ».

قال الماوردي: جناية المدبر ضربان: عمد، وخطأ.

فإن كانت عمداً، وجب عليه القصاص فإن كان اقتص من نفسه مات بالقصاص عبداً، وإن كان في طرفه، كان بعد القصاص مدبراً، وإن كانت جنايته خطأ، أو عمداً، عفي فيها عن القصاص تعلقت برقبته، كالعبد القِن، وكان السيد فيه بالخيار بين: فدائه، أو بيعه.

وقال أبو حنيفة: لا تتعلق جنايته برقبته، ويؤخذ السيد بفدائه كأم الولد، وبناه على أصله في أن بيع المدبر لا يجوز فصار في وجوب فدائه كأم الولد.

والشافعي بناه على أصله في جواز بيعه، وأسقط به وجوب فدائه، ويكون السيد فيه بالخيار بين البيع، أو الفداء. فإن اختار فداءه نظر أرش جنايته، فإن كان بقدر قيمته فما دون، فداه بقدر أرشها، وإن كان أكثر من قيمته. ففيما يفديه به قولان:

أحدهما: يفديه بقدر القيمة، لأنه لو بيع لم يستحق فيها غير الثمن.

والقول الثاني: يفديه بجميع جنايته، وإلا مكن من بيعه لأنه قد يقطع بالفداء رغبة من يجوز أن يشتريه بأكثر من قيمته، فمنع من قطع هذه الزيادة المظنونة وأخذ بجميع الأرش ما أقام على المنع من بيعه، ثم يكون المدبر بعد الفداء باقياً على تدبيره، وإن لم يفده وأراد بيعه في جنايته، لم يكن لمستحق الجناية أن ينفرد ببيعه، لأنه ملك بالجناية أرشها دون الرقبة، ولم يجز أن يكون وكيلاً في بيعه، لأنه يبيعه في حق نفسه كالمرتهن، وكان السيد أحق ببيعه لبقائه على ملكه فإن باعه عن إذن مستحق الجناية، أو عن إذن الحاكم صح بيعه، ومنع مشتريه من دفع ثمنه إلى السيد البائع، حتى يجتمع مع مستحق الجناية على قبضه، لأنه مبيع في حقهما، وإن تفرد السيد ببيعه من غير إذن، كان باطلاً لأنه كالمرهون بجنايته.

ولو كان أرش الجناية أقلّ من قيمته، كان السيد في بيعه بالخيار بين أن يبيع منه بقدر الجناية، ويكون باقيه مدبراً أو يبيع جميعه، فيبطل التدبير في جميعه، لأنه لما أجيز له بيعه من غير جناية، كان في الجناية أجوز فإن ملكه السيد بعد بيعه بابتياع أو

هبة، أو ميراث فإن أجرى التدبير مجرى الوصايا لم يعد تدبيره بعوده إلى ملكه، إلا أن يستأنف تدبيره كالوصايا، وإن أجرى مجرى العتق بالصفات ففي عوده إلى التدبير إذا عاد إلى ملكه قولان من اختلاف قوليه في المطلقة بصفة توجد في نكاح ثان هل تطلق بها؟ على قولين. كذلك عود العتق بصفة توجد في ملك ثان على قولين. ولو مات سيد المدبر قبل فكاكه من جنايته ففي عتقه بموته قولان كعتق المرهون:

أحدهما: يعتق، ويؤخذ من تركة السيد أقلّ الأمرين من قيمته أو أرش جنايته قولاً واحداً، لأن نفعه قد فات بعتقه.

والقول الثاني: لا يعتق قبل فدائه، ويقوم ورثة السيد مقامه بين بيعه، وبين فدائه، فإن بيع، بطل تدبيره، ولا يعود إن عاد إلى ملك الورثة قولاً واحداً، وإن فدوه كان في قدر فدائه كالسيد قولان:

أحدهما: بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته.

والقول الثاني: بأرش جنايته، وإن زادت على قيمته، ويجري عتقه بعد فدائه بموت سيده.

فصل: وإذا دبر أمةً حاملاً، فجنت تعلق أرش جنايتها برقبتها دون حملها. فإن فداها السيد كان باقياً فيها وفي حملها، وإن لم يفدها وأراد بيعها في أرش الجناية، فإن كان بعد ولادتها كان الولد خارجاً من بيعه في الأرش. ولم يجز أن يفرق بينهما في الملك، فتباع مع ولدها لئلا تُوَلَّهُ والدة على ولدها، ويكون ثمن الأم مستحقاً في الأرش، وثمن الولد خالصاً للسيد، وإن كانت وقت البيع على حملها لم يلزم مستحق الأرش أن يؤخر بيعها إلى وقت الولادة، لأن حقه معجل، ولم يجز استثناء حملها في البيع، لأن بيع الحامل دون حملها باطل، وبيعت حاملاً، وكان جميع ثمنها مستحقاً في الأرش إن جعل الحمل في بيع تبعاً.

فأما إن جعل له من الثمن قسطاً ففيه وجهان:

أحدهما: يدفع منه إلى مستحق الأرش ما قابل ثمن الأم، ويدفع منه إلى السيد ما قابل ثمن الحمل لتعلق الجناية برقبة الأم دون الحمل.

والوجه الثاني: وهو أظهر أنه يدفع جميع الثمن إلى مستحق الأرش؛ لأنه لما لم يجز أن يتميزا في البيع، لم يجز أن يتميزا في الثمن وصار الحمل في حق السيد كالمستهلك، ولكن لو ضرب بطنها قبل البيع فألقته جنيناً ميتاً، كانت ديته للسيد دون مستحق الأرش، ويجوز للسيد تدبير الحمل دون أمه، كما يجوز له عتقه دون أمه.

فصل: فأما إذا كانت الجناية على المدبر، فأرشها لسيده دونه. فإن كانت الجناية على طرفه، كان بعد الجناية على تدبيره، ولا يكون أخذ أرشها مؤثراً في فسخ تدبيره، سواء أجري مجرى الوصايا، أو مجرى العتق بالصفات، وإن كانت الجناية على نفسه مات بالجناية عبداً وملك السيد قيمته، ولم يلزمه أن يصرفها في تدبير مثله، ولا أن يعجل قيمته في التدبير بمثابته.

فإن قيل: فهلا كان قتله في التدبير كقتله في الرهن يجعل قيمته في التدبير مدبرة كما جعلت قيمته في الرهن مرهونة.

قيل: لوقوع الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن المقصود في التدبير عينه، وفي الرهن قيمته.

والثاني: أن القيمة تجوز أن ترهن في الابتداء، ولا يجوز أن تدبر في الابتداء، فكذلك في الانتهاء.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ ارْتَدَّ الْمُدَبَّرُ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ ثُمَّ أَوْجَفَ الْمُسْلِمُونَ عَلَيْهِ فَأَخَذَهُ سَيِّدُهُ فَهُوَ عَلَى تَدْبِيْرِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح: إذا ارتد المدبر، لم يزل ملك سيده عنه لبقائه على رقه بعد الردة، وكان على تدبيره بعدها يعتق بموت سيده كما يعتق بموته في إسلامه، فإن لحق بدار الحرب، أو سباه أهل الحرب لم يملكوه بالسبي، ووافقنا أبو حنيفة على أنهم لا يملكون المدبر ولا أم الولد، وإن جعلهم مالكين لغيرهما من أموال المسلمين، وعند الشافعي لا يملكون شيئاً غنموه من أموال المسلمين بحال. فإن أوجف المسلمون على دار الحرب، وسبوا هذا المدبر منها وهو على ردته، لم يملكوه بالسبي، ولم يجز أن يقسم في المغنم لبقائه على ملك مسلم ولسيده أخذه قبل القسمة، وبعدها فإن قسم بين الغانمين قبل أخذه، عوض عنه من حصل في سهمه بقيمته من بيت المال لا من مال سيده، فإن تعذر أخذ قيمته من بيت المال نقضت القسمة واخرج منها واستؤنف قسم ما سواه بينهم لخروجه من الغنيمة، وكان على تدبيره يعتق متى مات سيده ولو كان سيده قد مات، وهو في دار الحرب قبل سبيه عتق، ولم يملكه الغانمون إذا سبوه وإن كان حراً لأن عليه ولاء لمسلم فلم يجز أن يبطل ولاؤه بالاسترقاق.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَنَّ سَيِّدَهُ ارْتَدَّ فَمَاتَ كَانَ مَالُهُ فَيْئاً وَالْمُدَبَّرُ حُرّاً».

قال الماوردي: ولهذه المسألة أصل، وهو أن الردة هل يزول بها ملك المرتد أم لا؟ على ثلاثة أقاويل:

أحدها: إن ملكه لا يزول بردته ما بقي حياً حتى يموت، أو يقتل فيصير فيئاً.

والقول الثاني: إن ملكه قد زال بالردة فإن عاد إلى الإسلام ملكه ملكاً مستجداً.

والقول الثالث: إن ملكه موقوف مراعىً فإن عاد إلى الإسلام علم بقاؤه على ملكه، وإن مات أو قتل على الردة، علم زواله عن ملكه بالردة، فإذا تقررت هذه الأقاويل، ودبر المسلم عبداً، ثم ارتد فإن قيل إن ملكه لم يزل بالردة، كان تدبيره باقياً بعد الردة. فإن مات، أو قتل مرتداً، عتق بموته فصار باقي ماله في بيت المال فيئاً، وكان ولاء مدبره لكافة المسلمين.

وإن قيل: إن ملكه قد زال عنه بالردة ففي إبطال تدبيره وجهان:

أحدهما: قد بطل، لأنه لا يبقى بعد زوال الملك تدبير، فإن قيل بالردة لم يعتق المدبر، وكان على رقه لكافة المسلمين، وإن عاد للإسلام عاد المدبر إلى ملكه، وفي عوده إلى التدبير ما ذكرناه إن أجري مجرى الوصية لم يعد إلى التدبير، وإن أجري مجرى العتق بالصفة، كان في عوده إلى التدبير قولان.

والوجه الثاني: أن تدبيره لا يبطل وإن زال ملكه بالردة، لأمرين:

أحدهما: إن عقد تدبيره في ملك يجوز فيه تصرفه، فثبت حكمه كسائر عقوده المتقدمة على ردته.

والثاني: أنه قد صار فيه للعبد حق يعتق به، فلم يبطل عليه بردة غيره. وإن مات السيد على ردته، أو قتل بها، عتق مدبره إن خرج من ثلثه وإن عجز عنه الثلث، ولم يملك سواه ففي عتقه وجهان:

أحدهما: ـ وهو قول البصريين ـ يعتق ثلثه، ويرق ثلثاه لكافة المسلمين لأنهم يقومون في ماله مقام ورثته، فلم يعتق في حقهم إلا أن يصل إليهم مثلاه.

والوجه الثاني: وهو قول البغداديين، والأظهر عندي أنه يعتق جميعه، وإن لم يصل إلى المسلمين مثلاه، لأن مال المرتد ينتقل إليهم فيئاً لا إرثاً، والثلث معتبر في الميراث دون الفيء.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ دَبَّرَهُ مُرْتَدًّا فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَقَاوِيلَ أَحَدُهَا أَنَّهُ يُوقَفُ فَإِنْ رَجَعَ فَهُوَ عَلَى تَدْبِيرِهِ وَإِنْ قُتِلَ فَالتَّدْبِيرُ بَاطِلٌ وَمَالُهُ فَيْءٌ لِأَنَّا عَلِمْنَا أَنَّ رِدَّتَهُ صَيَّرَتْ مَالَهُ فَيْئًا. وَالثَّانِي أَنَّ التَّدْبِيرَ بَاطِلٌ لِأَنَّ مَالَهُ خَارِجٌ مِنْهُ إِلَّا بِأَنْ يَرْجِعَ وَهَذَا أَشْبَهُ

الأَقَاوِيل بِأَنْ يَكُونَ صَحِيْحَاً فَبِهِأَقُولُ. وَالثَّالِثُ أَنَّ التَّدْبِيْرَ مَاضٍ لأَنَّهُ لاَ يَمْلِكُ عَلَيْهِ مَالَهُ إِلاَّ بِمَوْتِهِ وَقَالَ فِي كِتَابِ الزَّكَاةِ إِنَّهُ مَوْقُوفٌ فَإِنْ رَجَعَ وَجَبَتِ الزَّكَاةُ وَإِنْ لَمْ يَرْجِعْ وَقُتِلَ فَلاَ زَكَاةَ وَقَالَ فِي كِتَابِ المُكَاتِبِ إِنَّهُ إِنْ كَاتَبَ المَرْتَدُّ عَبْدَهُ قَبْلَ أَنْ يُوقِفَ مَالَهُ فَالْكِتَابَةُ جَائِزَةٌ (قال المزني) أَصَحُّهَا عِنْدِي وَأَوْلاَهَا بِهِ أَنَّهُ مَالِكٌ لِمَالِهِ لاَ يَمْلِكُ عَلَيْهِ إِلاَّ بِمَوْتِهِ لأَنَّهُ أَجَازَ كِتَابَةَ عَبْدِهِ وَأَجَازَ أَنْ يُنْفِقَ مِنْ مَالِهِ عَلَى مَنْ يَلْزَمُ المُسْلِمَ نَفَقَتُهُ فَلَوْ كَانَ مَالُهُ خَارِجَاً مِنْهُ لَخَرَجَ المُدَبَّرُ مَعَ سَائِرِ مَالِهِ وَلَمَّا كَانَ لِوَلَدِهِ وَلِمَنِ يَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ حَقٌّ فِي مَالِ غَيْرِهِ مَعَ أَنَّ مِلْكَهُ لَهُ بِإِجْمَاع قَبْلَ الرِّدَّةِ فَلاَ يَزُولُ مِلْكُهُ إِلاَّ بِإِجْمَاعٍ وَهُوَ أَنْ يَمُوتَ».

قال الماوردي: وجملة ذلك أن المرتد، إذا دبر عبده في حال ردته، كان تدبيره معتبراً بما توجبه الردة في ماله، وتصرفه، فأما ماله في بقائه على ملكه، أو زواله عنه، فقد حكى المزني عن الشافعي هاهنا ثلاثة أقاويل:

أحدها: أن ملكه بعد الردة موقوف مراعىً لا يقطع بزواله عنه في المال، ولا ببقائه عليه في الحال، ويكون معتبراً بآخر أمريه. فإن عاد إلى الإسلام علم أن ملكه لم يزل بالردة، وكان باقياً على ما كان قبله في حال إسلامه، وإن قتل بالردة، أو مات عليها علم أن ملكه زال عنه بالردة، وهو الذي اختاره الشافعي واعتمد عليه.

ودليلنا معنيان:

أحدهما: أن ماله معتبر بدمه، لأن استباحة دمه الموجبة لملك ماله، فلما كان دمه موقوفاً على توبته وجب أن يكون ماله موقوفاً على توبته.

والمعنى الثاني: أنه لما كان ماله بعد الردة متردداً بين أن يسلم فيبقى عليه، وبين أن يموت على الردة، فيزول عنه، شابه المريض في تصرفه في جميع ماله لما ترددت حاله بين الصحة فتمضي عطاياه وبين موته فترد إلى الثلث، وصارت بذلك موقوفة، وجب أن يكون المرتد بمثابته في الوقف.

والقول الثاني: أن ملكه باقٍ عليه ما بقي حياً، فإن مات مرتداً انتقل بموته إلى بيت المال فيئاً، وإن مات بعد إسلامه انتقل إلى ورثته ميراثاً، وهو اختيار المزني، وبه قال أبو يوسف ومحمد ودليله معنيان:

أحدهما: أن الردة موجبة لاستباحة الدم، والاستباحة لا توجب زوال الملك مع بقاء الحياة، كالقاتل والزاني.

والمعنى الثاني: أنه لو زال ملكه عنه بالردة، كما يزول ملك الحربي بالغنيمة، لما عاد ملكه إليه إذا أسلم كما لا يعود ملك الحربي إليه إذا أسلم وفي بقائه على

المرتد بعد إسلامه دليل على أنه لم يزل عنه قبل إسلامه. واستدل له المزني بمعنيين:

أحدهما: أنه لما لزمه في الردة نفقة أولاده، وأروش جناياته، وهي لا تجب على من لا يملك دل على أنه مالك.

والجواب عنه أنها تجب عليه إن قيل: إنه مالك. واختلف أصحاب الشافعي في وجوبها عليه إذا قيل: إنه ليس بمالك فذهب أبو سعيد الإصطخري وطائفة إلى أنها لا تجب عليه، فبطل الاستدلال به. وذهب جمهورهم إلى وجوبها، وإن قيل: ليس بمالك، لأنه زال عنه فيما لم يجب عليه، ولم يزل فيما وجب عليه، كالميت إذا تعدى بحفر بئر فمات فيها حيوان، وجبت قيمته في تركته وإن زال ملكه بموته.

والمعنى الثاني: أن قال: ملكه له بإجماع قبل الردة، فلا يزول ملكه إلا بالإجماع، وهو أن يموت، وهذا استصحاب حال مع تنقل الأحوال، وانتقال الأحوال مفضٍ إلى انتقال الأحكام فلم يجز أن يجعل دليلاً على بقائها.

والقول الثالث: أن ملكه بالردة خارج منه، كما نقله المزني في هذا الموضع فاختلف أصحابنا في مراد الشافعي بخروجه منه فقال بعضهم: أراد خروجه عن تصرفه، ولم يرد به خروجه عن ملكه، فلم يخرجوا في ملكه إلا قولين:

أحدهما: موقوف.

والثاني: ثابت.

وقال آخرون: أراد به خروجه عن ملكه، وجعلوه في الملك قولاً ثالثاً. إن ملكه قد زال عنه بالردة، وإن عاد إليه بالإسلام، وبه قال أبو حنيفة، ودليله معنيان:

أحدهما: أنه لما ملك المسلمون دمه بالردة، كان أولى أن يملكوا بها ماله، لأن حكم المال أخف من حكم الدم.

والثاني: أنه لما أثرت الردة في زوال مناكحه اجتهاداً وجب تأثيرها في زوال ملكه حجاجاً.

فصل: وأما تصرفه في ماله بعد الردة، فالردة موجبة للحجز عليه في ماله لمعنيين:

أحدهما: أن تظاهره بالردة مع إفضائها إلى تلفه دليل على سفهه، وضعف عقله، ويكون الحجر عليه جارياً مجرى حجر السفه.

والمعنى الثاني: أن ماله يوجب الحجر مفضٍ إلى انتقاله إلى المسلمين كإفضاء مال المريض إلى ورثته، فاقتضى أن يوجب الحجر عليه جارياً مجرى حجر المريض

فإذا صح بهذين المعنيين وجوب الحجر عليه، فقد اختلف أصحابنا فيما يثبت به الحجر عليه على وجهين:

أحدهما: أن الحجر قد ثبت عليه بنفس الردة، ولا يعتبر بحكم الحاكم وهذا مذهب من تأول قول الشافعي أن ملكه خارج عنه، أي عن تصرفه، فأوقع بالردة عليه حجراً تعليلاً بحجر المرض.

والوجه الثاني: وهو قول جمهورهم، أن الحجر لا يقع عليه إلا بحكم الحاكم تعليلاً بحجر السفه.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من أحكام ملكه، وأحكام تصرفه كان حكم تدبيره وعقوده محمولة عليها فإن فعلها بعد ثبوت الحجر عليه كانت باطلة مردودة، فلا يصح منه عتق، ولا تدبير ولا كتابة، ولا هبة، ولا بيع، لأن تصرف المحجور عليه مردود وإن فعلها قبل ثبوت الحجر عليه كان تصرفه محمولاً على الأقاويل الثلاثة. فإن قيل ببقاء ملكه عليه بعد تصرفه، وصح عتقه، وتدبيره وكتابته، وهبته، وبيعه، وكان في جميعها كحاله قبل ردته ويعتق المدبر بقتله على الردة، كما يعتق بموته على الإسلام، وإن قيل بزوال ملكه عنه رد جميع تصرفه، وأبطل جميعه فيما التزمه باختياره من عتق، وتدبير، وكتابة، وهبة، وبيع، وفي إبطال ما لزمه بغير اختياره من نفقة أولاده وأروش جناياته وجهان مضيا.

فإن قيل بأن ملكه موقوف مراعىً كان تدبيره وعتقه موقوفاً.

فإن قتل بالردة، بطل وإن عاد إلى الإسلام صح فأما بيعه، وكتابته فقد اختلف أصحابنا في وقفها على وجهين:

أحدهما: باطلة، لأنها عقود معاوضات لا يصح عقدها على الوقف.

والوجه الثاني: صحيحة، لأنها موقوفة على الفسخ دون الإمضاء كوقفها في مدة الخيار.

وأما نفقة الأولاد وأروش الجنايات فتنص على هذا القول، ولا توقف وجهاً واحداً في النفقة، وعلى احتمال في أرش الجناية لوجود الأرش بفعله، ووجوب النفقة بغير فعله.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ مَتَى قَدِمَ فُلَانٌ فَأَنْتَ حُرٌّ فَقَدِمَ وَالسَّيِّدُ صَحِيحٌ أَوْ مَرِيضٌ عُتِقَ مِنْ رَأْسِ المَالِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح ـ إذا قال السيد لعبده أو مُدَبَّره إذا قدم زيد فأنت

حر أو إن دخلت الدار كل ذلك عتق بصفة، فيستوي فيه المدبر والعبد القن.

ولا يخلو السيد في عقد العتق بهذه الصفة من حالتين:

إحداهما: أن يعقدها في مرض موته، فإذا قدم زيد، أو دخل الدار في حياة السيد عتق العبد من الثلث، لأنه لو عجل عتقه وقت عقده، كان من الثلث فكان تعليقه بالصفة أولى أن يكون من الثلث، وإن قدم زيد أو دخل العبد الدار بعد موته لم يعتق العبد بالصفة، لأنها معقودة على حياة السيد فلم يعتق بعد موته كما لو قال لزوجته: إن قدم فلان فأنت طالق ثلاثاً، فقدم بعد موته، لم تطلق فإن كان العبد مدبراً عتق بموت السيد عن تدبيره وإن كان قناً رق لورثته.

والحالة الثانية: أن يعقد العتق بهذه الصفة في حال صحته فمتى قدم زيد في حياة السيد عتق من صلب ماله لا من ثلثه، لأمرين:

أحدهما: أنه لو عجل عتقه في حال عتقه، كان من صلب ماله فكذلك تعليقه بالصفة.

والثاني: أن حكم العتق بالعقد معتبر بحال العقد، ولا يعتبر بحال الصفة ألا تراه لو قال لعبده في صحة عقله إذا قدم زيد فأنت حر فقدم زيد وقد جُنَّ السيد عتق، ولو قاله في حال جنونه ثم قدم زيد بعد إفاقته، لم يعتق ومثله في عقد الطلاق بالصفة.

فإن قيل: أفليس لو وهب في صحته وأقبض في مرضه، أو حابى في صحته في عقد بيع بشرط خيار مات في تضاعيفه كانت الهبة والمحاباة معتبرتين من ثلثه وإن كان العقد في الصحة لوجود الالتزام في المرض فهلا كان كذلك في عتقه بالصفة؟

قيل: يفترقان ولا تلزم التسوية بينهما، لأن عقد الهبة وبيع المحاباة قد كان فيهما قادراً على إبطالهما في مرضه، فأجرى عليهما حكم المرض حين التزمهما فيه، فاعتبرا من ثلثه، وعقد العتق بالصفة لازم في الصحة لا يقدر على فسخه في حال المرض فأجري عليه حكم الصفة في اعتباره من صلب ماله، ولو علقه في الصحة بما يقدر على إبطال حكمه في المرض، كقوله في صحته لعبده: إن دخلت أنا الدار فأنت حُرٌّ فدخلها في مرضه عتق من ثلثه، لأنه قد كان قادراً على الامتناع من دخولها في مرضه، فصار بدخولها متهماً في حقوق ورثته، فصار العتق من ثلثه. وهكذا لو قال في صحته إن قدم زيد في مرضي، فعبدي حر، فإذا قدم في مرضه عتق من ثلثه، لأنه قد عقده بما صار به متهماً في حقوق الورثة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَجِنَايَةُ الْمُدَبَّرِ جِنَايَةُ عَبْدٍ».

قال الماوردي: وهذا قد مضى، وذكرنا أنها في رقبته، وأن السيد غير مأخوذ بفدائه منهما بخلاف أم الولد.

وخالف أبو حنيفة فيه، وأخذ السيد بفدائه منها، كأم الولد والخلاف فيه فرع على جواز بيعه، وقد تقدم الكلام فيه. وسواء كانت الجناية على نفس أو طرف أو مال فإن جمع السيد في عبد بين التدبير والكتابة فعلى ضربين:

أحدهما: أن يدبر مكاتبه.

والثاني: أن يكاتب مدبره.

فأما الضرب الأول: وهو أن يدبر مكاتبة، فالتدبير بعد الكتابة جائز، وحكمها فيه ثابت، فيستفيد بهما تعجيل عتقه بأسبقهما وإن كان المكاتب كالخارج عن ملكه في بعض الأحكام، فليس بخارج عن ملكه في جميعها، ولا تمنع الكتابة من عتقه بالمباشرة، فلم تمنع من تدبيره ومن تعليق عتقه بصفة، وتكون جنايته جناية المكاتب دون المدبر، لأنها أغلظ حاليه. فإن تعجل أداؤه في الكتابة، عتق بها وبطل حكم التدبير، وإن تعجل موت السيد عتق بالتدبير، وبطل حكم الكتابة، فإن لم يخرج المدبر من ثلثه، عتق منه بالتدبير قدر ما احتمله الثلث، وبرىء من مال الكتابة بقدر ما عتق منه، وكان باقيه على الكتابة، إذا أداه إلى الورثة، عتق به وكمل عتقه بالتدبير والكتابة.

وأما الضرب الثاني: وهو أن يكاتب مدبره، فيقدم تدبيره ثم يكاتبه فالتدبير لا يمنع من الكتابة كما لا تمنع الكتابة من التدبير لما في اجتماعها من تعجيل العتق بأسبقهما، فكان أحظى للعبد من انفراد أحدهما.

وإذا أصح بهذا التعليل كتابة المدبر، فإن جعل التدبير في حكم العتق بالصفة لم يبطل بالكتابة، وثبت حكمهما فيه. فإن أدى مال الكتابة قبل موت سيده، عتق بالكتابة وبطل التدبير، وإن مات السيد قبل أداء مال الكتابة، عتق بالتدبير، وبرىء من مال الكتابة وإن جعل التدبير في حكم الوصايا.

قال أبو حامد الإسفراييني: يبطل التدبير بالكتابة، ويصير مكاتباً غير مدبر، وهذا ليس عندي بصحيح، بل يكون تدبيره بعد الكتابة باقياً، وإن أجري مجرى الوصايا، ولا تكون الكتابة رجوعاً فيه، لأن الرجوع إبطال للعتق والكتابة مفضية إلى العتق، فناسبت التدبير، ولم تضاده. وتكون جنايته بعد الكتابة جناية مكاتب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا يَجُوزُ عَلَى التَّدْبِيرِ إِذَا جَحَدَ السَّيِّدُ إِلَّا عَدْلَانِ».

قال الماوردي: وهو كما قال، وليس يخلو جحود التدبير، إذا ادعاه العبد أن يكون مع السيد أو مع وارثه.

فإن كان الجاحد للتدبير هو السيد، فالمجحود مختص بعقد التدبير مع اتفاقهما على بقاء الوقت، فإن أراد السيد بجحوده تعجيل بيعه، لم يكن لجحوده تأثير تسمع به بينته، أو يؤخذ فيه بيمين لأن له إبطال تدبيره ببيعه، وإن اعترف به فلم يستفد العبد بدعوى التدبير ما يمنع من البيع، وإبطال التدبير به وإن أراد أن يستبقيه على ملك، سمعت دعواه على السيد بتدبيره لما يستفيده من العتق بموته، فإذا جحد السيد تدبيره كان قوله في الجحود مقبولاً، لأنه منكر لعقد مُدَّعَى فإن جعل التدبير جارياً مجرى العتق بالصفة، لم يكن جحود السيد رجوعاً فيه، لأنه لا يصح الرجوع فيه بالقول، فلم يصح الرجوع فيه بالجحود وكلف العبد البينة. وبينته شاهدان عدلان، ولا يسمع منه شاهد وامرأتان وإن سمعه أبو حنيفة، ولا شاهد ويمين، وإن سمعه مالك، لأنها بينة على عقد تفضي إلى العتق ومذهب الشافعي أن العتق وما أفضى إليه لا يسمع فيه إلا عدلان.

فإذا أقام البينة، حكم له بالتدبير، وإن عدم البينة كان له إحلاف سيده بالله ما دبره، وسقط حكم التدبير بيمنيه، وإن نكل عن اليمين ردت على العبد. فإن حلف ثبت تدبيره، وإن نكل بطل. وإن جعل التدبير جارياً مجرى الوصايا في جواز الرجوع فيه بالقول فقد اختلف أصحابنا هل يكون جحوده رجوعاً فيه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يكون رجوعاً فيه لاشتراكهما في المقصود، فعلى هذا لا تسمع للعبد بينة ولا تجب على السيد يمين.

والوجه الثاني: وهو منصوص الشافعي لا يكون الجحود رجوعاً، والبينة عليه مسموعة، واليمين عليه واجبة.

قال الشافعي: ارجع في تدبيره، وقد سقط عنك اليمين. فصرح بأن الجحود ليس برجوع، لأن جحود الشيء لا يكون رجوعاً عنه، ألا ترى أن حجود الردة لا يكون رجوعاً إلى الإسلام، وجحود النكاح لا يكون إيقاعاً للطلاق.

فصل: وإن كان الجاحد للتدبير ورثة السيد فهذا اختلاف في حريته ورقه، فتسمع دعواه على الأحوال كلها سواء جعل الجحود رجوعاً في حق السيد، أو لم يجعل، لأن الرجوع في التدبير بعد الموت باطل. فإن كان للعبد بينة سمعت على التدبير لا على العتق، لأن عتق التدبير حكم والبينة تسمع على ما أوجب الحكم لا على الحكم، وإن عدم العبد البينة أحلف الورثة، وكان واجباً عليه أن يحلفهم، لئلا يسترق بعد عتق فإن حلف الورثة كانت يمينهم على العلم دون البت لأنها يمين نفي لفعل غيرهم، وكانوا

في أيمانهم مخيرين بين أن يحلفوا على نفي التدبير، وبين أن يحلفوا على نفي العتق بخلاف البينة التي لا تسمع إلا على التدبير دون العتق، لأن البينة تؤدي ما تضمنت، وهو العقد، واليمين فيما تضمنته الدعوى، وهو كل واحد من العقد والعتق، فصار جحود العتق جحوداً للعقد، وجحود العقد جحوداً للعتق، فلذلك كان الورثة في اليمين مخيرين في نفي أحدهما أيهما أرادوا، فإن حلفوا على نفي التدبير حلفوا والله لا نعلم أنه دَبَّرَكَ، ولا يلزم أن يقولوا في اليمين، وإنك لباقٍ على الرق، لأن نفي التدبير يوجب بقاءه على الرق بأصل الملك.

وإن حلفوا على نفي العتق حلفوا: «والله لا نعلم أنـك عتقت» وهل يلزمهم أن يقولوا في هذه اليمين، وإنك لباق على الرق فيه وجهان:

أحدهما: لا يلزم كما لا يلزم إذا حلفوا على نفي التدبير.

والوجه الثاني: يلزم أن يقولوا هذا في نفي العتق، وإن لم يلزم أن يقولوه في نفي التدبير.

والفرق بينهما: أن التدبير صريح الدعوى فجاز الاقتصار على نفيه، والعتق حكم الدعوى في حق العبد، والرق حكم الإنكار في حق الورثة، فلزم الجمع بين الأمرين نفياً وإثباتاً. فإن حلفوا على ما وصفناه كان العبد على رقه موروثاً، وإن نكلوا ردت اليمين على العبد فإن حلف عتق بالتدبير، وإن نكل كان على رقه موروثاً، ويجب عليه أن يحلف إذا علم أن فيما ادعاه صادق، وإن لم يؤخذ بها جبراً ليفك رقبته من رق بعد عتق. والله أعلم.

بَابُ وَطْءِ المُدَبَّرَةِ وَحُكْمُ وَلَدِهَا

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيَطَأُ السَّيِّدُ مُدَبَّرَتَهُ».

وهذا صحيح. يجوز لسيد المدبرة أن يطأها لما رواه الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر أنه دَبَّر جاريتين له، فكان يطؤهما وهما مدبرتان[1]. ولأن أحكام الرق على المدبرة جارية، فجرى عليها في حكم الاستمتاع مجرى الرق.

ولأنه مالك لمنافعها، والاستمتاع من منافعها كالاستخدام، ولأن سبب العتق في أم الولد أقوى منه في المدبرة، ولم يمنع الإيلاد من الاستمتاع فكان التدبير أولى.

فإن قيل: فهلا كانت كالمُكَاتَبَةِ في منعه من الاستمتاع بها، قيل: لوقوع الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن المكاتبة قد ملكت منافعها، فلم يملك عليها الاستمتاع بها والمدبرة بخلافها في المنافع، فكانت بخلافها في الاستمتاع.

والثاني: أن المكاتبة في حكم الخارجة عن ملكه، لأنها تملك أرش ما جنى عليها، والمدبرة باقية على ملكه، لأنه المالك لأرش الجناية عليها. فلهذين المعنيين ما افترقا فجاز استمتاعه بالمدبرة ولم يجز استمتاعه بالمكاتبة.

فإذا صح جواز استمتاعه بالمدبرة لم يكن وطؤه رجوعاً في التدبير، لأنه مُقوٍّ بسبب العتق إنْ أولد فلم ينافه، فإن أولدها صارت أم ولد يلزم عتقها بموته من صلب ماله، بعد أن كان من ثلثه، وبطلان بيعها بعد أن كان له بيعها. قال أبو حامد الإسفراييني: وقد بطل التدبير بالإيلاد وليس هذا بصحيح، لأنه قد طرأ على التدبير ما هو أغلظ، فصار داخلاً فيه، وغير مبطل له كطروء الجناية على الحدث يدخل فيها، ولا يرتفع بها.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَا وَلَدَتْ مِنْ غَيْرِهِ فَفِيهِمْ وَاحِدٌ مِنْ قَوْلَيْنِ كِلاَهُمَا مَذْهَبٌ أَحَدُهُمَا أَنَّ وَلَدَ كُلِّ ذَاتِ رَحِمٍ بِمَنْزِلَتِهَا فَإِنْ رَجَعَ فِي تَدْبِيرِ الأُمِّ

---

(١) مالك في الموطأ ٢/ ١٦٢.

حَامِلاً كَانَ لَهُ وَلَمْ يَكُنْ رُجُوعاً فِي تَدْبِيرِ الوَلَدِ فَإِنْ رَجَعَ فِي تَدْبِيرِ الوَلَدِ لَمْ يَكُنْ رُجُوعاً فِي الأُمِّ فَإِنْ رَجَعَ فِي تَدْبِيرِهَا ثُمَّ وَلَدَتْ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ رَجَعَ فَالوَلَدُ فِي مَعْنَى هَذَا القَوْلِ مُدَبَّرٌ وَإِنْ وَضَعَتْ لأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَهُوَ مَمْلُوكٌ (قَالَ المُزَنِيُّ) وَهَذَا أَيْضاً رُجُوعٌ فِي التَّدْبِيرِ بِغَيْرِ إِخْرَاجٍ مِنْ مِلْكٍ فَتَفَهَّمْهُ (قَالَ الشَّافِعِيُّ) وَالْقَوْلُ الثَّانِي أَنَّ أَوْلاَدَهَا مَمْلُوكُونَ وَذَلِكَ أَنَّهَا أَمَةٌ أَوْصَى بِعِتْقِهَا لِصَاحِبِهَا فِيْهَا الرُّجُوعُ فِي عِتْقِهَا وَبَيْعِهَا وَلَيْسَتْ الوَصِيَّةُ بِحُرِّيَّةٍ ثَابِتَةٍ فَأَوْلاَدُهَا مَمْلُوكُونَ (قَالَ الشَّافِعِيُّ) أَخْبَرَنَا سُفْيَانُ عَنْ عَمْرٍو عَنْ أَبِي الشَّعْثَاءِ قَالَ أَوْلاَدُهَا مَمْلُوكُونَ (قَالَ المُزَنِيُّ) هَذَا أَصَحُّ القَوْلَيْنِ عِنْدِي وَأَشْبَهُهُمَا بِقَوْلِ الشَّافِعِيِّ لأَنَّ التَّدْبِيرَ عِنْدَهُ وَصِيَّةٌ بِعِتْقِهَا كَمَا لَوْ أَوْصَى بِرَقَبَتِهَا لَمْ يَدْخُلْ فِي الوَصِيَّةِ وَلَدُهَا (قال) وَلَوْ قَالَ إِذَا دَخَلْتِ الدَّارَ بَعْدَ سَنَةٍ فَأَنْتِ حُرَّةٌ فَدَخَلَتْ أَنَّ وَلَدَهَا لاَ يَلْحَقُهَا (قال المزني) فَكَذَلِكَ تُعْتَقُ بِالمَوْتِ وَوَلَدُهَا لا يَلْحَقُهَا إِلاَّ أَنْ تُعْتَقَ حَامِلاً فَيُعْتَقَ وَلَدُهَا بِعِتْقِهَا».

قال الماوردي: أما أولاد المدبرة من سيدها، فأحرار بحرية السيد، وقد صارت بهم أم ولد، وأما أولادها من غيره من زوج، أو زنى فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن تلدهم قبل التدبير.

والثاني: أن تحبل بهم، وتلدهم بعد التدبير.

والثالث: أن تكون حاملاً بهم وقت التدبير.

فأما الضرب الأول: وهم مَنْ وَلَدَتْهُمْ قبل التدبير فهم مملوكون للسيد لا يتبعونها في التدبير، وهو متفق عليه، وسواء كان الزوج حراً، أو مملوكاً، لأنهم تبع لها في الرق كما أن ولد الحرة تبع لها في الحرية لا يَتْبَعُونَ أباهم في الرق.

وأما الضرب الثاني: وهو أن يدبرها حائلاً فتحبل بهم وتلدهم بعد التدبير. ففيهم قولان منصوصان للشافعي:

أحدهما: يكونون على حكمها داخلين في التدبير معها. قاله من الصحابة عثمان وابن مسعود وابن عمر.

ومن الفقهاء: مالك وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد بن حنبل.

والقول الثاني: يكونون مملوكين للسيد غير داخلين معها في التدبير قاله من الصحابة زيد بن ثابت، رضي الله عنه.

ومن التابعين أبو الشعثاء جابر بن زيد واختاره المزني، واختلف أصحاب

الشافعي في هذين القولين: هل قالهما ابتداء أو قالهما بناءً، فذهب جمهورهم إلى أنه ابتدأهما باجتهاده. وذهب آخرون إلى أنه بناهما على مذهبه في غيره، واختلفوا فيما بناه عليه من مذهبه، فذهب بعضهم إلى أنه بناه على اختلاف قوليه في التدبير. هل هو وصية أو عتق بصفة، وذهب آخرون منهم إلى أنه بناه على اختلاف قوليه في الحمل هل يكون تبعاً، أو يأخذ من الثمن قسطاً.

فإذا قيل بالأول: إن أولادها يتبعونها في التدبير فدليله معنيان:

أحدهما: أنهم لما تبعوها في الحرية والرق وجب أن يتبعوها في سبب الحرية المفضية إلى زوال الرق كولد أم الولد، وهو معنى قول الشافعي: «إن ولد كل ذات رحم بمنزلتها».

والمعنى الثاني: أن لأسباب الحرية حرمة ثابتة في الأم، فوجب أن تسري إلى ولدها كالإسلام.

وإذا قيل بالثاني أن أولادها مملوكون للسيد لا يتبعونها في التدبير فدليله معنيان:

أحدهما: أن العقد إذا جاز أن يلحقه الفسخ لم يكن الولد فيه تابعاً لأمه كولد المرهونة، والموصى بها طرداً وولد الولد عكساً.

والمعنى الثاني: أنه لما تقابل في الولد حقان: حق السيد في رقه وحق الأم في عتقه وكان حق السيد فيه عن ملك مستقر وحقها فيه عن تدبير غير مستقر، فتغليب ما استقر في رقه أولى من تغليب ما لم يستقر في عتقه.

فأما المزني فقد مضى الكلام معه في اختياره بما أقنع.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين فإن قيل إن ولدها مرقوق لم يتبعها في التدبير كان له بيع الولد في حياته، ثم لورثته بعد موته سواء عتقت الأم بالتدبير، أو ماتت على الرق، وإن قيل إن ولدها تبع لها في التدبير صارا مدبرين يعتقان عليه بالموت كالعبدين المدبرين.

فإن رجع في تدبيرها بطل حكم التدبير فيهما، وإن رجع في تدبير الولد عاد إلى الرق وبقيت الأم على التدبير، وإن رجع في تدبير الأم عادت إلى الرق وبقي الولد على التدبير فإن قيل: فإذا كان الولد تابعاً لها في التدبير فهلا صار تابعاً لها في الرجوع كولد المكاتبة لما كان تابعاً لها في الكتابة؟ على أحد القولين يعتق بعتقها إذا أدت صار تابعاً لها في الرجوع إلى الرق إذا عجزت.

قيل: للفرق بينهما: أن ولد المدبرة يصير بالتبع لها مدبراً، ولذلك إذا ماتت الأم على الرق قبل موت السيد، لم يبطل التدبير في الولد، فلذلك لا يتبعها في الرجوع،

وإن تبعها في التدبير. وولد المكاتبة لا يتبعها في الكتابة، وإنما يتبعها في الحرية والرق ولذلك إذا ماتت الأم على كتابتها لم يصر الولد مكاتباً بعد موتها، فلذلك عاد إلى الرق بعودها إليه.

فصل: وأما الضرب الثالث: وهو أن يدبرها وهي حامل، فيكون حملها تابعاً لها في التدبير قولاً واحداً، كما يتبعها في العتق. فإن استثناه في التدبير. فقال: أَنْتِ مُدَبَّرَةٌ دون حملك، صح الاستثناء إن ولدته قبل موته، وبطل إن ولدته بعد موته، لأن الحرة لا تلد إلا حراً، ولو دبر الحمل دون أمه، صح تدبيره ولم تصر الأم تابعة له في التدبير، لأن الحمل تابع، وليس بمتبوع ولو دبر الأم حاملاً ورجع في تدبيرها وهي حامل، تبعها حملها في التدبير ولم يتبعها في الرجوع.

والفرق بينهما: أن العتق يسري، والرق لا يسري، والعلم بكونه حملاً وقت التدبير أن تلده لأقل من ستة أشهر من وقت تدبيره، فيعلم وجوده حملاً وقت التدبير. وإن ولدته لأكثر من أربع سنين علم عدمه وقت التدبير فلم يكن مدبراً، وإن ولدته لأكثر من ستة أشهر ودون أربع سنين، فإن كانت مطلقة من زوج يلحق به ولدها، حكم بوجوده وتدبيره اعتباراً بالظاهر في لحوقه، وإن كانت ذات زَوْجٍ يَطَأُ، حُمِلَ على الظاهر من حدوثه فلم يصر مدبراً.

فصل: وإذا جعل ولد المدبرة، وحملها تبعاً لها في التدبير جاز أن يرجع في تدبير الولد والحمل كما جاز أن يرجع في تدبيرها فإن قال السيد لها وهي حامل: كلما ولدت ولداً فقد رجعت في تدبيره، لم يصح رجوعه لعلتين:

إحداهما: أنه قبل خلقه ليس بمدبر.

والثانية: أنه رجوع معلق بصفة ولو قال لها وهي حامل: قد رجعت في تدبير حملك، صح لأنه لما صح تدبيره حملاً صح الرجوع فيه حملاً، ولو قال: إذا وَلَدْتِهِ فقد رجعت في تدبيره لم يصح الرجوع وكان على التدبير إذا وُلِدَ، لأنه رجوع معلق بصفة، وتعليقه بالصفات لا يصح.

فصل: وإذا دبر حمل جاريته دونها، ثم باعها حاملاً، فإن قصد ببيعها الرجوع في تدبير حملها صح البيع، وبطل به تدبير الحمل وإن باعه مطلقاً لم يستثنه في البيع، ولا قصد به إبطال التدبير في الحمل ففي صحة البيع قولان:

أحدهما: صح البيع، لأن بيع المدبر رجوع، وإن لم يقصد به الرجوع.

والقول الثاني: وهو المنصوص، أن البيع باطل، لأن حكم الحمل مخالف لحكم أمه.

فصل: فأما ولد المعتقة بالصفة كقوله لأمته: إن دخلت الدار فأنت حرة. فعلى الأضرب الثلاثة:

أحدها: من ولدته قبل عقد الصفة فهو مملوك.

والثاني: من ولدته بعد وجود الصفة، ودخول الدار فهو حر.

والثالث: من ولدته بعد عقد الصفة، وقبل وجودها ففيه قولان كولد المدبرة سواء:

أحدهما: يكون تبعاً لها في العتق بوجود الصفة.

والثاني: لا يتبعها ويكون مرقوقاً لسيدها.

فلو قال لها: إن دخلت الدار بعد سنة، فأنت حرة كان من ولدتهم قبل مضي السنة مماليكاً، ومن ولدتهم بعد دخول الدار أحراراً، ومن ولدتهم بعد السنة وقبل دخول الدار على قولين، ويكون من ولدتهم قبل مضي السنة كمن ولدتهم قبل عقد الصفة لأن صفة العتق دخول الدار بعد السنة. وهذا كله فيمن حرر حمله وولادته في هذه الأحوال الثلاث ولو قال لها: أنت حرة بعد موتي بسنة، كان من ولدتهم في حياة السيد مماليكاً، ومن ولدتهم بعد موته بسنة أحراراً. ومن ولدتهم بعد موته وقبل مضي السنة: اختلف أصحابنا فيه فمنهم من خرّجه على قولين، وسوّى بين عقد الصفة بعد الموت، وعقدها قبل الموت، ومنهم من أعتقهم قولاً واحداً، وفرق بين عقد الصفة بعد الموت، وعقدها قبل الموت: أنه قبل الموت يجوز أن يستفيد ملكاً وبعده لا يجوز أن يستفيد ملكاً. فإن عتق الولد معها كانا معتبرين من ثلثه ولا يقرع بينهما، ويعتق منه بقدر ما عتق منها، وإن لم يعتق الولد معها ففيه وجهان:

أحدهما: يكون من تركة السيد.

والثاني: يكون ملكاً للورثة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَتْ وَلَدْتُهُ بَعْدَ التَّدْبِيرِ وَقَالَ الوَارِثُ قَبْلَ التَّدْبِيرِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الوَارِثِ لأَنَّهُ المَالِكُ وَهِيَ المُدَّعِيَةُ».

قال الماوردي: وهذا التنازع في الولد يشتمل على ضربين:

أحدهما: أن تقول المدبرة: ولدته بعد التدبير فيعتق بعتقي ويقول الورثة: وَلَدْتِهِ قبل التدبير فهو مملوك. فإن قيل بأن ولد المدبرة لا يتبعها، فلا تأثير لهذا التنازع لأنه مرقوق في الحالين.

وإن قيل: يتبعها، كان لتنازعهما فيه تأثير، لأنها تَدَّعِي عتقه، والوارث يَدَّعِي رقه.

فالقول فيه قول الوارث مع يمينه، لأن الأصل فيه الرق فلم يقبل فيه قول من ادَّعى حدوث العتق فإن حلف الوارث رق الولد وإن نكل ردت اليمين على الأم، فإن حلفت عتق الولد، وإن نكلت ففيه وجهان:

أحدهما: يحكم برقه.

والوجه الثاني: يوقف أمره ليحلف الولد بعد بلوغه على ما مضى من نظائره.

والضرب الثاني: أن تقول المدبرة: ولدته بعد موت السيد: فهو حر. ويقول الوارث: وَلَدتِه قبل موت السيد فهو مملوك. فهذا بعكس الأول. وإن قيل إن ولد المدبرة تبع لها فلا تأثير لهذا التنازع، لأنه يعتق بموت السيد في الحالين.

وإن قيل إن ولدها في حياة السيد لا يتبعها، كان لتنازعهما فيه تأثير، لأنها تدعي عتقه، والوارث يدعي رقه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يقر بأنه جرى عليه في العلوق حكم الرق لأنها ولدته لأقل من ستة أشهر من موت السيد. فالقول قول الوارث مع يمينه استصحاباً لحكم رقه.

والضرب الثاني: أن ينكر أنه جرى عليه في العلوق حكم الرق وأنها علقت به في الحرية وولدته بعد موت سيدها لستة أشهر فصاعداً. فالقول هاهنا قولها مع يمينها، لأن الحرية في الناس أصل، والرق طارىء. فإن حلفت كان ولدها حراً، وإن نكلت فعلى وجهين:

أحدهما: ترد اليمين على الوارث إذا قيل فيما تقدم أن نكول الوارث لا يوجب وقف اليمين.

والوجه الثاني: لا ترد على الوارث، وتوقف اليمين على بلوغ الصبي. فإن حلف بعد بلوغه كان حراً، وإن نكل ردت على الوارث. وهذا إذا قيل فيما تقدم أن نكول الوارث لا يوجب وقف اليمين. فإن كانت لواحد منهما بينة في هذه الأحوال كلها سمعت من مدعي الحرية، ومدعي الرق.

والبينة أربع نسوة في حقيهما، لأنه بينة على الولادة، وإن أفضت إلى حرية، أو رق.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ المُدَبَّرُ أَفَدْتُ هَذَا المَالَ بَعْدَ العِتْقِ وَقَالَ الْوَارِثُ قَبْلَ العِتْقِ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ المُدَبَّرِ وَالوَارِثُ مُدَّعٍ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن ما كسبه المدبر في حياة سيده تركة، وما كسبه بعد موته ملك للمدبر، فإذا اختلف المدبر والوارث في مال بيده بعد موت سيده، فادعاه المدبر من كسبه بعد الموت. وادعاه الوارث من كسبه قبل الموت. فالقول فيه قول المدبر مع يمينه لأمرين:

أحدهما: لأجل يده الدالة على ملكه.

والثاني: أن حدوث كسبه أظهر من تقدمه.

فإن كانت للوارث بينة تشهد بتقدم كسبه، حكم بها وبينته شاهدان، أو شاهد وامرأتان أو شاهد ويمين، لأنها بينة لاستحقاق مال. وهذا إذا شهدت البينة أنه اكتسبه في حياة سيده، وأما إن شهدت أن هذا المال كان في يده في حياة سيده. ففي قبولها والحكم بها قولان من اختلاف قوليه في حكم البينة المتقدمة:

أحدهما: يقبل ويحكم به للوارث.

والثاني: لا يقبل ويكون للمدبر مع يمينه.

فصل: وإذا وهب السيد لمُدَبَّرِهِ أَمَةً فَوطئها المدبر وأولدها فلا حد عليه، والولد لَاحِقٌ به لأنها موطوءة في ملك إن جعل مالكاً أو في شبهة ملك إن لم يجعل مالكاً، وفي الولد قولان:

أحدهما: أنه ملك للسيد، وإن لحق بالمدبر نسباً، وهو على قوله في الجديد أن العبد لا يملك إذا مُلِّك.

والقول الثاني: يكون ملكاً للمدبر، وهو على قوله في القديم أن العبد يملك إذا ملك فعلى هذا إذا جعلناه ملكاً للمدبر، كان تبعاً له في التدبير قولاً واحداً يعتق بعتقه، ويرق برقه، وإذا جعلناه للسيد لم يتبعه في عتق، ولا رق قولاً واحداً بخلاف ولد المدبرة في أحد القولين ويكون كولده من نكاح أمة لسيده، أو غير سيده لا يتبعه، إلا في النسب، ولا يتبعه في الحرية والرق لأن الولد فيهما تابع للأم دون الأب.

فصل: وإذا دبر الرجل أخاه، أو عمه صح تدبيره، وعتق بموته ولم يرثه، لأنه عتق بعد الموت، ولا توارث بالأسباب الحادثة بعد الموت.

ولو قال لأخيه: أنت حر في آخر أجزاء صحتي المتصل بأول أسباب موتي، ثم مات عتق من رأس ماله، وورثه لتقدم عتقه في الصحة قبل موته.

ولو قال له: أنت حر في آخر أجزاء حياتي المتصل بموتي، ثم مات عتق من ثلثه. وفي ميراثه وجهان ذكرناهما في العتق:

أحدهما: لا يرث، لأن عتقه في المرض وصية. والوصية والميراث لا يجتمعان.

والوجه الثاني: يرث ولا يكون عتقه وصية له، وإن كان معتبراً من الثلث، لأن الوصية ما مُلِكَتْ عَنِ المُوْصِي، وهو لم يملك نفسه عنه، ولو قال لأخيه في صحته: إن مت بعد شهر فأنت اليوم حر فمات قبل شهر، لم يعتق، وإن مات بعد شهر، عتق يوم لفظه وورثه، ولو قال ذلك في مرضه كان في ميراثه الوجهان. والله أعلم.

بَاب فِي تَدْبِيْرِ النَّصْرَانِيِّ

مسألة: «قَالَ المُزَنِيُّ»: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَيجُوزُ تَدْبِيْرُ النَّصْرَانِيِّ وَالحَرْبِيِّ فَإِنْ دَخَلَ إِلَيْنَا بِأَمَان فَأَرَادَ الرُّجُوعَ إِلَى دَارِ الحَرْبِ لَمْ نَمْنَعْهُ».

قال الماوردي: يجوز تدبير الكافر كما يصح تدبير المسلم سواء كان ذمياً، أو معاهداً، أو حربياً، لأن الكافر صحيح الملك كالمسلم لقول الله تعالى: ﴿وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَارَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ﴾ [الأحزاب: ٢٧] فأضافها إليهم إضافة ملك وإذا ثبت لهم الملك صح منهم التدبير، لأن التدبير عقد مفض إلى العتق. وعقودهم جائزة وعتقهم نافذ، فإن دبر الحربي عبده في دار الحرب، وقدم به دار الإسلام مُدَبَّراً، أو دبره في دار الإسلام فتدبيره في الحالين صحيح، فإن أراد الرجوع بمدبره من دار الإسلام إلى دار الحرب مكن منه، ولم يمنع فإن امتنع المدبر أن يرجع إلى دار الحرب، لئلا يسترق بعد موت سيده أجبر على العود معه، لأنه في الحال عبده وإن دَبَّره تجري عليه أحكام العبيد.

ولو كاتب عبده في دار الإسلام وأراد أن يحمله إلى دار الحرب فامتنع المكاتب لم يجبر.

والفرق بين المدبر والمكاتب: أن المدبر باق على ملك سيده وله الرجوع في تدبيره، ويملك جميع أكسابه. والمكاتب في حكم الخارج عن ملكه غير مالك لأكسابه ولا يجوز له الرجوع في كتابته، فكان هذا الفرق مانعاً من الجمع بينهما في الرد.

فإن أراد الحربي أن يرجع في تدبير عبده، كان كالمسلم له رجوعه إن رجع فيه بالفعل المزيل لملكه صح، وإن رجع فيه بالقول مع بقائه على ملكه فعلى قولين، وإذا عتق المدبر على الحربي بموته كان ولاؤه مستحقاً لورثته كالمسلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَسْلَمَ المُدَبَّرُ قُلْنَا لِلْحَرْبِيِّ إِنْ رَجَعْتَ فِي تَدْبِيْرِكَ بِعْنَاهُ عَلَيْكَ وَإِنْ لَمْ تَرْجِعْ خَارَجْنَاهُ لَكَ وَمَنَعْنَاكَ خِدْمَتَهُ فَإِنْ خَرَجْتَ دَفَعْنَاهُ إِلَى مَنْ وَكَّلْتَهُ فَإِذَا مِتَّ فَهُوَ حُرٌّ وَفِيْهِ قَوْلٌ آخَرُ أَنَّهُ يُبَاعُ (قال المزني) يُبَاعُ أَشْبَهُ بِأَصْلِهِ لأَنَّ

التَّدْبِيْرَ وَصِيَّةٌ فَهُوَ فِي مَعْنَى عَبْدٍ أُوْصِيَ بِهِ لِرَجُلٍ لاَ يَجِبُ لَهُ إِلاَّ بِمَوْتِ السَّيِّدِ وَهُوَ عَبْدٌ بِحَالِهِ وَلاَ يَجُوزُ تَرْكُهُ إِذَا أَسْلَمَ فِي مِلْكِ مُشْرِكٍ يُذِلُّهُ وَقَدْ صَارَ بِالإِسْلاَمِ عَدُوًّا لَهُ».

قال الماوردي: أما عبد الحربي إذا أسلم، أو عبد الذمي، فإنه لا يقر على ملكه ويقال له: إن بعته، أو أعتقته وإلا بعناه عليك، لقول الله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ [النساء: ١٤١].

وأما أم ولد الحربي والذمي إذا أسلمت منع منها ولم يَجُزْ بيعها عليه، لأن بيع أم الولد ممنوع منه في حق المسلم، فكان ممنوعاً منه في حق الكافر، ولم يكن له استخدامها، لئلا يستذلها ومكنت من الاكتساب والإنفاق منه على نفسها، فإن فضل من كسبها بعد النفقة فضل كان لسيدها، وإن قصر الكسب عن نفقتها كان السيد مأخوذاً بتمامها ولو لم تكن ذات كسب أخذ بجميع نفقتها، فإن أرادت أن تتزوج لم يكن لها ذاك إلا بإذنه وإن كانت محرمة عليه، لأنها قد تجوز أن تسلم فتعود إلى فراشه فإذا مات السيد عتقت عليه بموته.

وأما مدبر الذمي والحربي إذا أسلم يقال لسيده: أترجع في تدبيره، أو تقيم عليه؟ فإن رجع في تدبيره صار عبداً قِنًّا وبيع عليه إن لم يبعه، ولم يعتقه، وإن أقام على تدبيره ففيه قولان:

أحدهما: وهو قول مالك، واختيار المزني أنه يباع عليه لجريان أحكام الرق عليه، ولا يجوز أن يستديم الكافر رق مسلم.

والقول الثاني: لا يباع عليه، ويمنع استخدامه، لأن استبقاءه على التدبير المفضي إلى عتقه أحظ له من نقله بالبيع من رق إلى رق.

فعلى هذا يقال لسيده: إن عجلت عتقه فلك ولاؤه، وإن لم تعجله، ولم ترجع في تدبيره خل بينه وبين نفسه في الاكتساب والنفقة، ولك بقية كسبه إن فضل، وعليك تمامه إن نقص. فإن خرجت إلى دار الحرب قام فيه وكيلك مقامك، فإذا مت عتق من ثلثك، فإن خرج من الثلث عتق جميعه، وإن عجز عنه الثلث عتق منه قدر ما احتمله الثلث ورق باقيه، وبيع على ورثته، لئلا يستديموا رق مسلم. وهكذا حكم المعتق بالصفة إذا أسلم، وسيده كافر كان على قولين كالمدبر يباع في أحدهما، لئلا يستديم كافر استرقاق مسلم ويقر في القول الثاني، على ملكه، لوجود الحظ له في حدوث الصفة المفضية إلى عتقه، فأما إذا أسلم عبد الكافر وقد أوصى به لمسلم، فإنه يباع عليه قولاً واحداً وإن بطل بيعه الوصية لمسلم لأنه ليس تفضي الوصية له إلى عتق، بل يكون بها منتقلاً من رق إلى رق وهو في الحال مستبقى على استرقاق كافر، فلذلك بيع

عليه فإن أوصى الكافر بعتقه بعد موته، احتمل أن يكون على قولين كالمدبر لإفضائها إلى عتقه، واحتمل أن يباع قولاً واحداً لأن الوصية بعتقه أضعف من تدبيره، والله أعلم بالصواب.

بَابٌ فِي تَدْبِيرِ الصَّبِيِّ الَّذِي يَعْقِلُ وَلَمْ يَبْلُغْ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «مَنْ أَجَازَ وَصِيَّتَهُ أَجَازَ تَدْبِيرَهُ».

قال الماوردي: المحجور عليهم في حقوق أنفسهم ثلاثة: الصبي، والمجنون، والسفيه.

فأما المجنون فلا يصح منه تصرف في قول ولا فعل لعدم تمييزه فلا ينفذ عتقه، ولا يصح تدبيره، ولا وصيته. وأما السفيه فتصرفه قبل الحجر عليه ماضٍ، كالرشيد في أفعاله وأقواله، وسائر عقوده، فيصح عتقه وتدبيره ووصيته فأما بعد وقوع الحجر عليه فلا يصح عتقه، ولا كتابته ويصح تدبيره ووصيته، لأن الحجر عليه لمصلحة ماله فلم يصح منه ما استهلكه في حياته، ويصح منه ما عاد بمصلحة آخرته من تدبيره ووصيته، وهو أشبه برشاده.

وأما الصبي فإن كان غير مميز، لم يصح منه عتق، ولا كتابة ولا تدبير، ولا وصية وإن كان مميزاً مراهقاً، لم يصح عتقه ولا كتابته لأمرين:

أحدهما: لحفظ ماله عليه.

والثاني: لأن القلم غير جار عليه.

فأما تدبيره ووصيته ففي صحتهما منه قولان:

أحدهما: لا يصح منه.

وبه قال أبو حنيفة ومالك وهو اختيار المزني تعليلاً بارتفاع القلم عنه، ولأنها عقدٌ فأشبه سائر عقوده، ولأنه مفض إلى العتق فأشبه مباشرة عتقه.

والقول الثاني: يصح تدبيره ووصيته تعليلاً بإفضائهما إلى مصلحته، ولرواية عمرو بن سليم عن أمه أنها أتت عمر بن الخطاب رضي الله عنه فسألته عن غلام يافع واليافع المراهق الذي لم يبلغ، وروي أنه كان له عشر سنين وصى لابن عمه فأجاز عمر وصيته، وليس يعرف له في الصحابة مخالف فكان إجماعاً، ولأن من صحَّ تمييزه لم يمنع الحجر عليه من تدبيره، ووصيته كالسفيه. ولأن تدبيره أحفظ لماله في حياته،

وأبلغ في صلاحه بعد موته. فأما ارتفاع القلم عنه فهو مرفوع حتماً عليه، لسقوط التكليف عنه وهو غير مرفوع فيما له، لأنه تصح صلاته وصيامه فهو مثاب فيما له، وغير معاقب فيما عليه، وإمضاء تدبيره ووصيته من حقوقه التي يثاب عليها، فصح وإن لم يصح منه تعجيل العتق لما ذكرنا من الفَرْقِ.

فأما السكران فإن كان سكره من غير معصية لإكراهه على الشرب أو لشربه ما ظن أنه غير مسكر فكان مسكراً فلا يصح تدبيره ولا وصيته، لأنه بالسكر غير مميز كالمغمى عليه، وإن كان سكره عن معصية لإقدامه مختاراً على شرب المسكر مع علمه أنه مُسكر فأحكامه كأحكام الصاحي في نفوذ عتقه، وصحة تدبيره، ووقوع طلاقه، وإن صح تخريج المزني عن الشافعي في القديم أن طلاقه لا يقع ولم يصح تدبيره ولم تنعقد وصيته وإن صح قول من فرق من أصحابنا بين ماله وعليه وقع طلاقه، ولم يصح عتقه ولا تدبيره.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلِوَلِيِّهِ بَيْعُ عَبْدِهِ عَلَى النَّظَرِ وَكَذَلِكَ المَحْجُورُ عَلَيْهِ (قال المزني) القِيَاسُ عِنْدِي فِي الصَّبِيِّ أَنَّ القَلَمَ لَمَّا رُفِعَ عَنْهُ وَلَمْ تَجُزْ هِبَتُهُ وَلاَ عِتْقُهُ فِي حَيَاتِهِ أَنَّ وَصِيَّتَهُ لاَ تَجُوزُ بَعْدَ وَفَاتِهِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ البَالِغُ المَحْجُورُ عَلَيْهِ لأَنَّهُ مُكَلَّفٌ ويُؤْجَر عَلَى الطَّاعَةِ وَيَأْثَمُ عَلَى المَعْصِيَةِ».

قال الماوردي: إذا صح من الصبي والسفيه التدبير صح منهما الرجوع في التدبير، ويكونان فيه كالبالغ الرشيد وسواء كان رجوعهما فيه لحاجة، أو غير حاجة، فإذا صح الرجوع منهما لم يجز أن يباشر الرجوع فيه كالبيع، لأن عقد البيع منهما لا يصح ولكن يأذنان لوليهما أن يبيع المدبر في حقهما، فيكون بيع الولي عن إذنهما رجوعاً منهما.

فأما إن رجعا فيه بالقول مع بقائه على ملكهما ففيه قولان من اختلاف قوليه في صحة الرجوع بالقول مع بقائه على الملك.

فأما إذا أراد الولي أن يرجع في تدبيرهما فإن أراد الرجوع فيه بالقول مع بقائه على ملكهما، لم يكن له ذلك قولاً واحداً لأنه لا حجر عليهما في التدبير، فلم يجز أن يبطله الولي عليهما وإن أراد بيعه عليهما فإن قصد به الرجوع في التدبير، ولم يقصد المصلحة لهما، لم يجز لما ذكرنا من أنه لا حجر عليهما فيه وإن باعه عليهما في مصلحتهما صح، وإن أفضى إلى إبطال تدبيرهما، لأنه مندوب إلى القيام بمصالحهما.

فصل: قد ذكرنا أن ولد المدبرة وولد المعتقة بصفة هل يكون تابعاً لهما أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا يتبعها في تدبير، ولا عتق، ويكون عبداً قناً للسيد، ولا تفريع على هذا القول.

والقول الثاني: أنه يكون تابعاً لهما فيكون ولد المدبرة تابعاً لأمه في التدبير وولد المعتقة نصفه تابعاً لأمه في العتق ولا يتبعها في الصفة.

والفرق بينهما: أن عتق التدبير مستحق بالوفاة، وعتق الصفة مستحق في الحياة، وحكم ما استحق بالوفاة عام، كالميراث. وحكم ما استحق في الحياة خاصٌّ كالعقود. وإذا كان كذلك فولد المدبرة تابع لها في التدبير والعتق، فإن ماتت الأم، أو باعها، أو رجع في تدبيرها كان الولد باقياً على تدبيره ويعتق بموت سيده، ولو رجع في تدبير الولد كانت الأم على تدبيرها، ولا يعتق ولدها بعتقها، وولد المعتقة بالصفة تابع لها في العتق دون الصفة، فإن ماتت الأم قبل الصفة لم يعتق الولد بوجود الصفة، وكذلك لو باعها دون الولد ثم وجدت الصفة لم تعتق الأم، لزوال ملكه عنها ولم يعتق ولدها، وإن كان باقياً على ملكه لعدم العتق فيها وكذلك ولد المكاتبة إذا جعل تابعاً لأمه كان تابعاً لها في العتق، ولم كان تابعاً لها في الكتابة.

فأما ولد أم الولد فهو تابع لها في الحكم والعتق، فإن ماتت أمه قبل موت السيد، يعتق ولدها بموت السيد. وبالله التوفيق.

مُخْتَصَرُ المُكَاتَب

قال الماوردي: أما الكتابة فهو أن يعقد السيد مع عبده عقد معاوضة على عتقه بمال يتراضيان به إلى نجوم يتفقان عليها، ليعتق بأدائها فيملك العبد كسب نفسه ويملك السيد به مال نجومه، وفي تسمية هذا العقد كتابةً وجهان:

أحدهما: العرف الجاري بكتابته في كتاب وثيقة، توقع فيها الشهادة.

والثاني: لأن الكتابة في اللغة الضم والجمع، فسمي بها هذا العقد لضم النجوم بعضها إلى بعض.

والأصل في جواز الكتابة قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ يَبْتَغُونَ الكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيْهِمْ خَيْرَاً وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ [النور: ٣٣].

وفي قوله: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيْهِمْ خَيْراً﴾ ثلاثة تأويلات:

أحدها: أن المراد بالخير القدرة على الكسب، والاحتراف، وهذا قول ابن عمر، وابن عباس.

والثاني: أنه الرشد والصلاح في الدين. وهذا قول الحسن وطاوس وقتادة.

والثالث: أنه الكسب والأمانة، ليكون بالكسب قادراً على الأداء وبالأمانة موثوقاً بوفائه، وهذا قول الشافعي ومالك.

وفي قوله: ﴿وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ [النور: ٣٣] وجهان:

أحدهما: يعني من مال الزكاة في سهم الرقاب يعطاه المكاتب ليستعين به في أداء ما عليه للسيد، ويجوز للسيد أخذه وإن كان غنياً، ويكون هذا خطاباً لأرباب الأموال، وهذا قول الحسن البصري، وإبراهيم النخعي، وعبد الرحمن بن زيد.

والثاني: من مال الكتابة يضعه السيد عنه، أو يرده عليه معونة له كما أعانه غيره من سهم الرقاب، ويكون هذا خطاباً للسيد. وهذا قول الجمهور.

وحكى الكلبي أن سبب نزول هذه الآية أن عبداً لحويطب بن عبد العزي سأله أن يكاتبه، فامتنع فأنزل الله تعالى ذلك فيه.

ويدل على جوازها من السنّة حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن النبي ﷺ قال: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ دِرْهَمٌ».

وروى سهل بن حنيف أن النبي ﷺ قال: «مَنْ أَعَانَ غَارِماً، أَوْ غَازِياً، أَوْ مُكَاتَباً فِي كِتَابَتِهِ أَظَلَّهُ اللَّهُ فِي ظِلِّهِ وَلاَ ظِلَّ إِلاَّ ظِلُّهُ»[1].

وروى الشافعي عن سفيان عن الزهري عن نبهان مولى أم سلمة رضي الله عنها أنها كاتبته وقالت له: كم بقي عليك قال: قلت: أَلْفُ دِرْهَم. قالت: فعندك ما تؤدي. قلت: نعم. قالت: ادفعها إلى فلان، ابن أختها، ثم ألقت الحجاب، وقالت: السلام عليك ـ هذا آخر ما تراني ـ سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إِذَا كَانَ لإِحْدَاكُنَّ مُكَاتَبٌ وَكَانَ عِنْدَهُ مَا يُؤَدِّي فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ»[2].

ويدل عليه من فعل الصحابة ما روي أن بريرة كوتبت على تسع أواقٍ تُؤَدِّي في كل عام أوقية.

وكاتب عبد الله بن عمر عبداً له على خمسة وثلاثين ألف درهم.

وكاتب أنس بن مالك مولاه سيرين أبا محمد على مال ترك عليه منه خمسة آلاف درهم. قيل في أول نجومه.

وقيل: في آخرها. وانعقد الإجماع على جوازها، وإنما اختلفوا في وجوبها إذا طلبها [العبد من سيده، فذهب عطاء بن أبي رباح، وعمرو بن دينارٍ، ودواد بن علي إلى وجوبها، وأن يؤخذ بها السيد إذا طلبها العبد][3] بقدر قيمته فما زاد استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرَاً﴾ [النور: ٣٣] وهذا أمر يقتضي الوجوب. ثم قال: ﴿وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ [النور: ٣٣]. والإيتاء واجب فكذلك الكتابة، لأن صيغة الأمر فيهما واحدة.

ولأن سيرين سأل أنس بن مالك أن يكاتبه فأبى عليه فعلاه عمر بالدرة وقال: أما سمعت الله تعالى يقول: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً﴾ [النور: ٣٣] فكاتبه، ولأن العقود التي تفضي إلى صلاح النفوس قد يجوز أن يقع الإجبار فيها كالمضطر إلى طعام يجبر مالكه على بيعه لما فيه من صلاح النفس، كذلك الكتابة المفضية إلى العتق يجوز أن يقع الإجبار عليها لما فيها من صلاح النفس. وذهب الشافعي وأبو حنيفة ومالك

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك ٢/٢١٧ والبيهقي ١٠/ ٣٢٠.
(٢) أخرجه أبو داود (٣٩٢٨) وابن ماجة (٢٥٢٠) والشافعي كما في البدائع (١٢٠١) والحميدي (٢٨٩) والطحاوي في معاني الآثار ٤/ ٣٣١ وفي المشكل ١/ ١٢٠ وانظر التلخيص ٣/ ١٤٨.
(٣) ما بين المعكوفين سقط في آ.

ومن تقدمهم من الفقهاء والتابعين ا‍‍لـ أنها ندب لا تجب استدلالاً بأن عقد الكتابة يتردد بين أصلي حظر يجذبه كل واحد منهما إلى حكمه.

أحدهما: أنه غرر، لأنه عقد على موجود بمعدوم.

والثاني: أنه معاوض على ملكه بملكه، فصار الأمر بالكتابة وارداً بعد حظرها، فاقتضى أن يحمل على الإباحة دون الوجوب كقوله تعالى: ﴿فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٢] ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: ٢] وفي هذا دليل وانفصال.

ولأن مطلق الأمر يقتضي عموم حكمه في الوجوب والندب ولا يتجزأ حكمه، فيكون بعضه واجباً، وبعضه ندباً، فلما حمل على الندب فيما قل عن القيمة، وجب أن يكون محمولاً عليه فيما زاد عليها. ولأن النبي ﷺ قال: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ». فاقتضى هذا الظاهر أن لا يجبر السيد على إزالة ملكه عن رقبة العبد إلا بطيب نفسه، وكالتدبير الذي لا إجبار فيه، لأنهما عتق صفة.

فأما استدلالهم بوجوب الإيتاء فعنه جوابان:

أحدها: أنه لا يمتنع أن يكون المندوب إليه شروطاً واجبة كالطهارة لصلاة النافلة، كذلك الإيتاء في الكتابة واجب وإن كانت الكتابة غير واجبة.

والثاني: أنه لما جاز أن يختلف الأمر بها عندهم في العموم والخصوص فحملوه في الكتابة على الخصوص، وفي الإيتاء على العموم، جاز أن يختلفا عندنا في الوجوب والندب، فحمل الكتابة على الندب، والإيتاء على الوجوب.

وجواب ثالث: وهو أن الكتابة معاوضة وأصول الشرع تمنع من وجوب عقود المعاوضات كالبيع والإيتاء مواساة وأصول الشرع لا تمنع من وجوب المواساة كالزكاة.

وأما استدلالهم بإجبار أنس على كتابة سيرين فلا إجماع فيه فيستدل به، وقول عمر لا يَخُجُ أنساً فلم يكن فيه دليل. وأما استدلالهم بما فيه من صلاح النفوس كالمضطر فليس بصحيح لأنه لا يجوز أن يعتبر ما تعلق باختيار الطالب في مصالح نفسه بحال المضطر في حفظ متاعه، ألا ترى أن المضطر يجب عليه حراسة نفسه، ولا يجب على العبد أن يدعو إلى كتابته فلما افترقا في حكم الطالب، وجب أن يفترقا في حكم المطلوب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «قَالَ اللَّهُ جَلَّ ثَنَاؤُهُ: ﴿وَالَّذِيْنَ يَبْتَغُونَ

الكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرَاً﴾ قَالَ: وَلاَ يَكُونُ الابْتِغَاءُ مِنَ الأَطْفَالِ وَلاَ المَجَانِينَ وَلاَ تَجُوزُ الكِتَابَةُ إِلاَّ عَلَى بَالِغٍ عَاقِلٍ».

قال الماوردي: لا تصح كتابة العبد حتى يكون بالغاً عاقلاً فإن كان صبياً أو مجنوناً لم تصح كتابته، ووافق أبو حنيفة في المجنون وخالف في الصبي فجوّز كتابته إذا كان مميزاً بناء على أصله في جواز تصرف الصبي بإذن وليه.

والدليل عليه قول النبي ﷺ: «رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلاَثَةٍ: عَنْ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ وَعَنِ المَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ» ولأنه غير مكلف فلم تصح كتابته كالمجنون وكالصبي الذي لا يميز الخبر والأصل الذي بناه عليه مدفوع.

فإن قيل: فلِمَ لا تجوز كتابته كما يجوز تدبيره؟

قيل: للفصل بينهما بأن التدبير يجوز أن ينفرد به السيد، ولا يراعى فيه قول المُدَبر، فلم يراع فيه البلوغ.

والعقد، والكتابة، لا يجوز أن ينفرد بهما السيد، ويراعى فيهما قول المكاتب، فروعي فيها البلوغ والعقل فإن كاتب عن الصبي أبوه لم يجز لعلتين:

إحداهما: أنه مملوك ولايته لسيده دون أبيه.

والثاني: أن الكتابة يملك بها التصرف في العقود والحقوق والصبي ممن لا يصح تصرفه في واحد منهما. والله أعلم.

فصل: فإذا ثبت أن كتابة الصبي لا تصح كالمجنون، فكتابة السيد كانت كتابة باطلة، وعتق فيها بالأداء لوجود الصفة، لأن كتابته اشتملت على عقد وهو قوله: كاتبتك، وعلى صفة وهو قوله: فإذا أديت إليّ آخرها فأنت حر، فإذا بَطَلَ حكم العقد بقي حكم الصفة، فلذلك عتق بها.

قال ابن أبي هريرة: وبطلان هذه الكتابة مع الصبي يسلبها حكم الصفة، وحكم الفساد، وتأثير هذا القول يكون في حكمين:

أحدهما: أن الصبي فيها إذا عتق بالأداء لم يرجع السيد عليه بقيمته إن كان المُؤَدَّى أقل منها ولا يرجع الصبي إذا عتق بالزيادة على القيمة إن كان المؤدَّى أكثر منها، ولو فسدت الكتابة مع العبد البالغ العاقل استحق السيد عليه قدر قيمته فإن كان المؤدى أكثر منها ردَّ الزيادة. وإن كان أقل منها رجع بالبقية.

والحكم الثاني: أن الصبي إذا عتق فيها بأداء مال الكتابة وبقي في يده فضل كان للسيد أن ينتزعه منه، ولو كان بالغاً عاقلاً لم يكن له انتزاعه منه.

والفرق بين الصبي والبالغ في هذين الحكمين أن البالغ من أهل العقود، فجاز أن يلتزم أحكامها، وليس الصبي من أهل العقود فلم يلتزم أحكامها.

ألا ترى أن البالغ لو هلك في يده ما قبضه عن بيع فاسد ضمنه بالقيمة.

ولو هلك في يد الصبي لم يضمنه، كذلك وجب أن يفترقا في الكتابة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَأَظْهَرُ مَعَانِي الخَيْرِ فِي العَبْدِ بِدَلَالَةِ الكِتَابِ الاكْتِسَابُ مَعَ الأَمَانَةِ فَأُحِبُّ أَنْ لَا يَمْتَنِعَ مِنْ كِتَابَتِهِ إِذَا كَانَ هَكَذَا».

قال الماوردي: قد ذكرنا اختلاف أهل التأويل في قول الله تعالى: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً﴾ وأنَّ الشافعي تأوَّل الخير المراد في العبد الاكتساب مع الأمانة، ليكون بالاكتساب قادراً على الأداء، وبالأمانة قادراً على الوفاء.

وإذا كان كذلك فلا يخلو حال العبد في الكسب والأمانة إذا طلب الكتابة من أربعة أحوال:

أحدها: أن يجتمعا فيه فيكون من أهل الكسب والأمانة فكتابته ندب فيستحب للسيد أن يجيب إليها، وهي التي أوجبها من مال بوجوب الكتابة.

والحال الثانية: أن يُعْدَما فيه، فلا يكون من أهل الكسب ولا من أهل الأمانة فكتابته مباحة لا تجب ولا تستحب وهي إلى المنع من الجواز أقرب، لأنه لعدم الكسب عاجز ولعدم الأمانة خائِنٌ، وكرهها أحمد وإسحاق كما تكره مخارجة الأَمَةِ.

والحال الثالثة: أن يكون مكتسباً غير أمين فلا يستحب لعدم أمانته، ولا تكره لوجود قدرته.

والحال الرابعة: أن يكون أميناً غير مكتسب، فلا تستحب لعدم كسبه وظهور عجزه ولا تكره لأمانته، وأنه قد يراعى لأجلها من سهم الرقاب في الزكاة وكان بعض أصحابنا يقدم في الاختيار مكاتبة الأمين غير المكتسب على مكاتبة المكتسب غير الأمين، لأن ذا الأمانة معان ولا فرق في الكتابة بين العبد والأَمَةِ استشهاداً ببريرة ولصحة العتق فيهما وجواز الاكتساب منهما.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَا جَازَ بَيْنَ المُسْلِمِينَ فِي البَيْعِ وَالإِجَارَةِ جَازَ فِي الكِتَابَةِ وَمَا رُدَّ فِيهِمَا رُدَّ فِي الكِتَابَةِ».

قال الماوردي: لأن الكتابة عقد معاوضة فلم تصح إلَّا بعوض معلوم وأجل

معلوم كالبيع والإجارة، فإن كانت على عوض مجهول أو إلى أجل مجهول كانت الكتابة باطلة.

وقال أبو حنيفة: يصح فيها من جهالة العوض ما لا يصح في البيع والإجارة، وهو أن يكاتبه على ثوب لا يصفه فيصح، ويكون له ثوب وسط وعلى عبد غير موصوف فيصح ويكون له عبد وسط احتجاجاً بأمرين:

أحدهما: أن مقصود الكتابة هو العتق، والعتق يقع بالصفات المجهولة كوقوعه بالصفات المعلومة.

والثاني: أنه عقد تبتغي به القربة كالوصايا ثم جازت الوصية بالمجهول والمعلوم كذلك الكتابة.

ودليلنا أن النبي ﷺ نَهَى عَنِ الغَرَرِ.

وقوله: «رُدُّوا الْجَهَالاَتِ إِلى السُّنَنِ» ولأن كل جهالة منعت من صحة البيع منعت من صحة الكتابة. كقولك كاتبتك على شيء، وبهذا المعنى فارقت الوصية حيث جازت بشيءٍ مجهول، لم تجز الكتابة به ولأن كل عقد بطل بجهالة الجنس بطل بجهالة الصفة كالبيع، وبهذا المعنى فرقنا بين العتق بالصفة وبين الكتابة على أن العتق قد يقع فيها مع الجهالة بالصفة وإنما اختص بفساد العقد في العوض.

فصل: فإذا تقرر هذا فالكتابة توافق البيع من وجهين وتخالفه من أربعة أوجه:

فأما وجها الموافقة:

فأحدهما: أن يكون العوض فيهما معلوماً في الذمّة، لأن العوض في الكتابة لا يكون إلا في الذمة. والعلم به يكون من ثلاثة أوجه: يكون بذكر جنسه من دراهم، أو دنانير، أو ثياب، أو عبيد ثم يذكر صفته، فيصف الجنس بأوصاف السلم إلا في الدراهم فيكون إطلاقها محمولاً على الأغلب من نقد البلد، ثم يذكر القدر فإن كان موزوناً ذكر وَزْنَه إن كان مكيلاً ذكر كيله وإن كان معدوداً ذكر عدده.

فإذا اجتمعت هذه الأوصاف الثلاثة في العوض صار حينئذ معلوماً فصحت به الكتابة.

والثاني: أن يكون الأجل معلوماً بالشهود والأهلة التي لم يجعل الله لأهل الإسلام أن يؤجلوا إلا بها[١] فإن قدره بما يبطل به الأجل في البيع كالعطاء، والحصاد بطلت به الكتابة.

---

(١) المثبت من ب وهو الصواب.

فصل: وأما الوجوه الأربعة في الفرق بينه وبين البيع.

فأحدها: أن البيع يصح بعوض معين، وموصوف، والكتابة لا تصح إلا بعوض موصوف في الذمة، ولا تصح بمعين حاضر لأن المعين إن كان في يد المكاتب حين العقد فهو ملك للسيد، فلم يجز أن يكاتبه بملكه على ملكه، وإن لم يكن في يده كان من جواز الكتابة أبعد لفساده فيها وفي البيع.

والثاني: أن العوض في البيع يصح معجلاً ومُؤَجَّلاً، ولا يصح في الكتابة إلا مؤجلاً لما نذكره من الدليل في الخلاف مع أبي حنيفة، رضي الله عنه.

والثالث: أن خيار الثلاث يدخل في البيع بالشرط وخيار المجلس يدخل فيه بالعقد، ولا يدخل في الكتابة من جهة السيد خيار الثلاث، ولا خيار المجلس، لأن موضوعهما في البيع لاستدراك الغَبْن ليحصل المقصود به من النماء والاستزادة وليس كذلك الكتابة لظهور الغبن في موضعهما لأنه يعاوض فيها على رقبة عبده بكسبه وكلاهما من ملكه، فلم يكن لدخول الخيار الذي يستدرك به المغابنة وجه.

والرابع: أن خيار المكاتب مؤبد ما بقي على كتابته، ولا يجوز دخول مثله في البيع، لأن المترجح في الكتابة مصلحة المكاتب دون السيد، فثبت له من الخيار ما لم يثبت للسيد بخلاف البيع الذي يشترك في خياره المتبايعان، وصار الخيار في الكتابة مؤبداً وإن كان في البيع مقدراً، لأن معناه في البيع استدراك الغبن الموجود في قليل الزمان، فصار مقدراً وفي الكتابة العجز عن المال الذي يكون في كل الزمان فصار مؤبداً.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا يَجُوزُ عَلَى أَقَلَّ مِنْ نَجْمَيْنِ».**

قال الماوردي: أما الأجل فهو شرط في صحة الكتابة، لا يجوز أن تعقد حالة.

وقال أبو حنيفة ومالك ليس الأَجَلُ بِشَرْطٍ في صحتها وتجوز حالَّةً ومؤجلة استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾. ومن ذلك دليلان:

أحدهما: عموم قوله [﴿فكاتبوهم﴾ ولم يفرِّق بين حالٍّ ومؤجل.

والثاني:][1] قوله: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] والخير المال فجعل العقد مشروطاً به.

قالوا: ولأنه عتق بعوض فاقتضى أن يجوز حالاً ومؤجلاً.

كما لو باع عبده على نفسه بثمن حالٍّ أو مؤجل صح وعتق، وكذلك الكتابة.

---

(١) سقط في أ.

قالوا: ولأنه عقد على عين فصح حالاً ومؤجلاً كالبيع.

قالوا: ولأنه إسقاط حق، لأن السيد قد أسقط بها حقه من كسب عبده فلم يفتقر إلى أجل كالإبراء.

قالوا: ولأن دخول الأجل غَرَرٌ، فإذا صح العقد معه، لزمكم على قولكم في السلم أن تجعلوه لخلوه من الأجل أَصَحَّ، لأن الشافعي يقول فيه: إذا جاز مؤجلاً كان حالاً أجوز، لأنه من الغرر أبعد.

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ إلى قوله: ﴿فِيهِمْ خَيْرَاً﴾ [النور: ٣٣]. فسماها كتابة وأفردها بهذا الاسم من غيرها من العقود. والعقد إذا أفرد باسم وجب أن يختص بمعنى ذلك الاسم، كالسلم سمي سلماً، لوجوب تسليم جميع الثمن كذلك الكتابة سميت كتابة لوجوب الكتابة.

والكتابة إنما ندبنا إليها في الحقوق المؤجلة دون المعجلة ألا تراه قال تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وقال في المعجلة: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا﴾ [البقرة: ٢٨٢] فدل اختصاص هذا العقد باسم الكتابة على اختصاصه بحكم التأجيل.

وفي هذا انفصال عن الاستدلال بعموم الآية ونهى رسول الله ﷺ عن الغَرَرِ.

والغرر: ما تردد بين جوازين أخوفهما أغلبهما والكتابة الحالّة غرر لأن الأغلب من أحوال المكاتب عجزه عنها فكان عقدها باطلاً ويتحرر من اعتلال هذا الخبر قياس.

فنقول: عقد معاوضة يتعذر فيه تسليم المعقود عليه وقت استحقاقه، فوجب أن يكون باطلاً كبيع العبد الآبق، وكالسلم إلى أجل يتحقق عدمه فيه ولا يفسد بنكاح الصغيرة، لأن تسليمها يستحق عند إمكان الاستمتاع بها. فإن قيل: هذا فاسد بالبيع على معسر يتعذر عليه تسليم الثمن ولا يوجب فساد البيع.

قيل: إعساره في الظاهر لا يوجب إعساره في الباطن، لجواز أن يملك ما لا يعلم وإعسار المكاتب في الظاهر والباطن، لأنه لا يجوز أن يملك قبل كتابته، فافترقا في تعيين الإعسار، فلذلك افترقا في الجواز.

فإن قيل: يفسد من وجه آخر وهو إذا كاتبه على مال كثير يؤديه في نجمين مقدرين بساعتين من يوم تتعذر منه القدرة عليه، وتصح كتابته.

وكذلك في المعجل قيل: يمكنه قبل استحقاق النجم أن يؤجر نفسه ثلاثين سنة بقدر كتابته، ولا يمكنه ذلك في الحال المعجل فافترقا.

فإن قيل: يفسد من وجه آخر وهو إذا باع عبده على نفسه بألف حالَّةٍ صح، وعتق وإن تعذر عليه دفع الثمن، قيل: قد خرّج فيه ابن أبي هريرة وجهاً محتملاً: أن البيع يبطل لهذا المعنى، فيكون الاعتراض به فاسداً.

والظاهر من مذهب الشافعي جوازه، وقد نص عليه في كتاب الإقرار فقال: ولو قال لعبده: بعتك نفسك بألف فجحده العبد عتق عليه، لأنه مقر بالعتق مدع للثمن.

قيل: مقصود هذا البيع العتق وقد حصل.

فإن قيل: وكذلك الكتابة مقصودها العتق فوجب أن يصح.

قيل: الفرق بينهما أن العتق في الكتابة يحصل بعد الأداء، والعتق في البيع يحصل قبل الأداء، فجاز أن تبطل الكتابة بتعذر الأداء وإن لم يبطل به البيع، وفي هذا انفصال عن استدلالهم به. ولأن الأجل في الكتابة إجماع دل عليه فعل الصحابة رضي الله عنهم لأنهم كاتبوا عبيدهم مجمعين فيها على التأجيل، ولم يعقدها أحد منهم حالَّةً، ولو جاز حلولها لتفرد بها بعضهم مع اختلاف الأغراض، وغضب عثمان بن عفان رضي الله عنه على عبدٍ له وأراد التضييق عليه. فقال: والله لأكاتبنَّك على نجمين فلو جازت حالَّةً، أو على أقل من نجمين لكان أحق بالتضييق عليه.

فأما: الجواب عن قول الله تعالى: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً﴾ [النور: ٣٣] فإن الخير هو المال فهو أن الشافعي قد أبطل هذا التأويل من وجهين:

أحدهما: أن العبد لا ملك له على قول من لم يجعله مالكاً، ولا على قول من جعله مالكاً، لأن سيده أخذه منه.

والثاني: أنه لو أراد المال لقال: إن علمتم لهم خيراً، لأن المال يكون له ولا يكون فيه، وإنما الذي فيه ما تأوَّله الشافعي من الاكتساب والأمانة، ثم لو صح أن المراد به المال لما دل على جواز التعجيل، ولكان بالتأجيل أحق حتى يجد المال.

وأما قياسهم على البيع، فالمعنى فيه وجود المقصود به في الحلول والتأجيل، وكذلك استدلالهم بالإبراء، لأن مقصوده لا يتعذر، ولأن الإبراء لا يجوز تعليقه عندنا بأجل وإن دخل في الكتابة فافترقا.

وأما السلم: فقد أجمعنا وهم على الفرق بين الكتابة والسلم لأنهم منعوا من حلول السلم وجوزوا حلول الكتابة، ونحن منعنا من حلول الكتابة، وجوزنا حلول السلم فصارا مفترقين على قولينا معاً، فلم يجز أن يستشهد بأحدهما على الآخر. ثم معنى الفرق بينهما عندنا أن الغرر ينتفي عن تعجيل السلم فجوزناه، ويدخل في حلول الكتابة فأبطلناه.

فصل: فإذا تقرر أن الأجل في الكتابة شرط فأقل ما تصح الكتابة إليه نجمان، وإن كاتبه على نجم واحد لم تصح، وإنما كان كذلك لأمور منها ما رواه ابن أبي هريرة في تعليقه عن النبي ﷺ أنه قال: «الكِتَابَةُ عَلَى نَجْمَيْنِ»(١).

وهذا الخبر إن صح نص يدل على إيجاب الأجل على تقديره بنجمين، ولأن كل من أَجَّلَ الكتابة قال: لا تصح إلى أقل من نجمين فصار من إجماع من قال بتأجيلها. وقد غضب عثمان رضي الله عنه على عبده. وقال: والله لأعاقبنَّك ولأكاتبنَّك على نجمين(٢).

ولو جازت إلى أقل منهما لاقتصر عليه تضييقاً عليه، فدل على أن النجمين أقصى التضييق.

ولأن الصحابة رضي الله عنهم لم يكاتبوا مع اختلافهم في مكاتبة عبيدهم على أقل من نجمين، قد كوتبت بريرة على تسعة أنجم، وكاتب ابن عمر عبده على خمسة أنجم وكاتبت أم سلمة رضي الله عنها مولاها نبهان على نجمين، وذلك أقل ما كاتبت الصحابة عليه فصار ذلك منهم إجماعاً، ولأن الإيتاء مما أدى واجب ليستعين به المكاتب فيما بقي، وذلك لا ينتظم إلا في نجمين يكون أحدهما للأداء والآخر للإيتاء معونة في باقي الأداء، ولأن اشتقاق الكتابة، إما أن يكون من الضم والجمع، وإما أن يكون من كتابة الخط.

فإن كانت مشتقة من الضم والجمع. فأقلّ ما يكون به الضم والاجتماع اثنان. فافتقرت الكتابة إلى نجمين. ينضم أحدهما إلى الآخر. وإن كانت من كتابة الخط فأقل ما تتقيد به خط الكتابة حرفان، فافتقرت الكتابة المؤجلة إلى نجمين.

فإن قيل: فقد ينعقد الْخَطُّ بحرف واحد وهوَ لا.

قيل: لا حرفان: لام وألف.

قال الشاعر:

تَخُطُّ رِجْلَايَ بِخَطٍّ مُخْتَلِف ... تُكَتِّبَانِ فِي الطَّرِيقِ لَامَ أَلِفْ(٣)

فإن قيل: فإذا كان أَقَلُّ ما يتقيد به الخط حرفين، فمن شرطهما أن يكونا مختلفين

---

(١) لا أظنه يصح مرفوعاً بل رواه البيهقي في السنن الكبرى عن فعل عثمان وابن عمر رضي الله عنهما السنن الكبرى ١٠/ ٣٢٠، ٣٢١. ٣٢٨.

(٢) البيهقي ١٠/ ٣٤٢ والتلخيص ٤/ ٢١٧.

(٣) انظر اللسان مادة (كتب).

من جنسين. فهلا جعلتم اختلاف النجمين في القدر والتجانس شرطاً اعتباراً بتقييد الخط، كما جعلتم أقل الكتابة نجمين اعتباراً بتقييد الخط.

قيل: عن هذا جوابان:

أحدهما: أنه ليس يلزم تغاير أجناس الحرفين في الخط ألا ترى إلى قول النبي ﷺ: «لَسْتُ مِنْ دَدٍ وَلاَ دَدُ مِنِّي»[1] أي لست من اللعب ولا اللعب مني، وهما حرفان متجانسان يتقيد بهما الخط كذلك نجما الكتابة.

والثاني: أنه لو لزم هذا في أقل ما يتقيد به الخط أن يكون متغاير الأجناس فنجما الكتابة بمثابته، لأنه لا يتصور النجمان إلا متغايرين وإن تساوى زمانهما، لأنه إذا كان كل واحد من النجمين شهراً فقد اختلفا من وجهين:

أحدهما: أن الأجل مستحق من وقت العقد فيكون أول النجمين منهما بعد شهر والآخر بعد شهرين.

والثاني: أن محلها مختلف، لأن حلول أحدهما في شهر وحلول الآخر في غيره، فاختلفا مع تساويهما من هذين الوجهين فثبت ما قلنا من اعتبار النجمين، وأن لا فرق بين تساويهما واختلافهما وبين طولهما وقصرهما.

أما أكثر نجوم الكتابة فلا ينحصر بعدد ويجوز أن يكاتبه إلى مائة نجم، وأكثر.

فإن قيل: فإذا كان ما لم يتجاوزه الصحابة رضي الله عنهم من أقل النجوم شرطاً في تقييد الأقل، فهلا جعلتم ما لم يتجاوزه الصحابة من أقل النجم في تقييد الأكثر شرطاً في تقييد الأكثر، وأكثر ما كاتبت الصحابة عليه تسعة أنجم في بريرة، كما أن أقل ما كاتبوا عليه نجمان في نبهان، فلزمكم أن تقدروا أكثره بتسعة أنجم، كما قدرتم أقله بنجمين أو تسقطوا تقدير أقله بنجمين، كما أسقطتم تقدير أكثره بتسعة أنجم.

قيل: لا يلزم اعتبار الأقل بالأكثر لوقوع الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن النجوم زمان فتقدر أقل النجوم، لأن أقل الزمان محدود ولم يتقدر أكثر النجوم، لأن أكثر الزمان غير محدود.

والثاني: أن قلة النجوم مفقود من جهة السادة فجاز أن يعتبر فيه فعل السادة من

---

(١) أخرجه الطبراني في الكبير ١٩/ ٣٤٤ والبيهقي ١٠/ ٢١٧ والدولابي في الكنز ١/ ١٧٩ والرازي في العلل (٢٢٩٥) وابن عدي في الكامل ٧/ ٢٦٩٨ والعقيلي في الضعفاء ٤/ ٢٢٧ وانظر مجمع الزوائد ١/ ٢٢٥، ٢٢٦.

الصحابة، وكثرة النجوم مفقود من جهة العبيد فلم يعتبر فيه فعل عبيد الصحابة. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى مَائَةِ دِينَارٍ مَوْصُوفَةِ الوَزْنِ وَالعَيْنِ إِلَى عَشْرِ سِنِينَ أَوَّلُهَا كَذَا وَآخِرُهَا كَذَا يُؤَدَّى فِي انْقِضَاءِ كُلِّ سَنَةٍ مِنْهَا كَذَا فَجَائِزٌ».

قال الماوردي: والذي يعتبر في صحة الكتابة، شرطان:

أحدهما: أن يكون العوض معلوماً.

والثاني: أن يكون الأجل معلوماً.

فأما العلم بالعوض فمن ثلاثة أوجه قدمناها:

أحدها: معرفة الجنس.

والثاني: معرفة الصفة.

والثالث: معرفة القدر.

فإن جهلا أو أحدهما أحد الثلاثة من جنس، أو صفة، أو قدر بطلت الكتابة.

وأما العلم بالأجل فيكون من ثلاثة أوجه:

أحدها: تقدير زمانه بالسنين، أو بالشهور الهلالية. فيقول: قد كاتبتك على مائة دينار في عشر سنين، فإن ذكر أولها وآخرها كان أوكد، وإن ذكر أولها ولم يذكر آخرها جاز لأنه يصير معلوماً بذكر الأول. فإن ذكر آخرها، ولم يذكر أولها جاز، لأنه يصير معلوماً بذكر الآخر بعد أن لا يريد ذكر آخر المدة على العشر ولا ينقص منها، وإن لم يذكر أولها ولا آخرها فالصحيح من مذهب الشافعي وإن كان دليل كلامه هاهنا لا يقتضيه أن تكون الكتابة جائزة، لأن أول الآجال المستحقة في العقود من وقت عقدها فصار وقت العقد أولها، وهو معلوم ويصير آخرها بمعرفة الأول معلوماً.

وإنّما نص الشافعي رضي الله عنه على ذكر أولها وآخرها تأكيداً.

والثاني: من الأوجه الثلاثة: العلم بوقف استحقاقها في كل نجم لبعد ما بين طرفيه. فإذا كانت النجوم عشر سنين، وجعل محل كل نجم في آخر كل سنة صح، وإن جعله في أولها لم يصح، لا للجهل بوقت المحل ولكن لأنه يصير الأول منهما حالاً والكتابة على حالٍ لا تصح، وإن كان معها مؤجل وإن جعله في وسطها ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح، لأن وسط السنة ما بين طرفيها فصار مجهولاً.

والثاني: يصح ويكون المحل في نصف كل سنة، لأن الوسط على التحقيق موضوع لاستواء الطرفين فلو كاتبه على نجمين في سنتين ليكون محل الأول منهما في أول السنة الأولى ومحل الثاني آخر السنة الثانية لم يجز لما ذكرنا من حلول الأول.

ولو جعل النجم الأول في آخر السنة الأولى، والثاني في أول السنة الثانية ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح، لأنه بالاتصال قد صار نجماً واحداً.

والثاني: يصح لاستحقاق كل واحد منهما في غير زمان الآخر لأن الأول يستحق في آخر أجزاء السنة الأولى، والثاني مستحق في أول أجزاء السنة الثانية، فصارا مختلفين وإن اتصلا.

والثالث: من الأوجه الثلاثة: أن يكون ما يستحق من مال الكتابة في كل نجم معلوماً، سواء تساوى مال النجوم، أو اختلف وتساويه أن يقول: قد كاتبتك على مائة دينار وتؤديها في عشر سنين في آخر كل سنة، منها عشرة دنانير.

واختلافه، أن يقول: على أن تؤدي في آخر السنة الأولى خمسة دنانير وفي آخر الثانية عشرة دنانير، وفي آخر الثالثة خمسة عشر، ثم يذكر مثل ذلك في السنين العشر فيصح في الحالين مع التساوي والتفاضل. فإن أطلق ولم يذكر قدر ما يستحقه في كل نجم ففيه وجهان:

أحدهما: أن الكتابة باطلة للجهل بقدر الاستحقاق.

والوجه الثاني: أن الكتابة جائزة، ويكون المال مقسوماً على أعداد النجوم، لأن الإطلاق يوجب التسوية فإن كانت النجوم خمسة استحق كل نجم خمس المال، وإن كانت عشراً استحق كل نجم عشر المال.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يُعْتَقُ حَتَّى يَقُولَ فِي الكِتَابَةِ فَإِذَا أَدَّيْتَ كَذَا فَأَنْتَ حُرٌّ أَوْ يَقُولَ بَعْدَ ذَلِكَ إِنَّ قَوْلِي كَاتَبْتُكَ كَانَ مَعْقُوداً عَلَى أَنَّكَ إِذَا أَدَّيْتَ فَأَنْتَ حُرٌّ كَمَا لاَ يَكُونُ الطَّلاَقُ إِلاَّ بِصَرِيحٍ أَوْ مَا يُشْبِهُهُ مَعَ النِّيَّةِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، لفظ الكتابة كناية لا يتحرر به العتق عند الأداء، إلا أن يقترن بها لفظ صريح في العتق. أو نية يريد بها العتق، فالصريح أن يقول في عقد الكتابة، فإذا أديت آخرها فأنت حر، والنية أن يقول بعد الكتابة: قد كان قولي كاتبتك معقوداً على أنك إن أديت آخرها فأنت حر، فإن لم يقترن بعقد الكتابة أحد هذين لم يتحرر بها العتق.

وقال أبو حنيفة: لفظ الكتابة صريح يتحرر به العتق عند الأداء من غير أن يقترن به تصريح بالعتق ولا نية كالتدبير هو صريح في تحرير العتق بالموت لا يفتقر إلى تصريح ولا نية، وهذا فاسد، لأن لفظ الكتابة كناية يتساوى فيه الاحتمال.

فيحتمل أن يريد به كتابة المراسلة، ويحتمل أن يريد به كتابة المخارجة، ويحتمل أن يريد كتابة العتق، فلم يَجُزْ أن يصير مع احتماله صريحاً وجرى مجرى قوله في الطلاق: أنت خَلِيَّةٌ، أو بريئة.

فأما لفظ التدبير: فالذي نص عليه الشافعي أن يكون صريحاً في العتق كما نص في لفظ الكتابة أنه كناية في العتق فاختلف أصحابنا في اختلاف نصه فيه على ثلاثة مذاهب:

أحدها: أن نقلوا جوابه في التدبير إلى الكتابة وجوابه في الكتابة إلى التدبير وخرّجوه على قولين:

أحدهما: أن اللفظ فيهما صريح في العتق على ما قاله في التدبير ولا تفتقر الكتابة إلى نية كما لم يفتقر إليها التدبير.

والقول الثاني: أن اللفظ فيها كناية في العتق لا يقع فيهما إلا بنية أو تصريح على ما قاله في الكتابة ولا يقع العتق في التدبير إلا بتصريح أو نية كما لم يصح في الكتابة، فهذا قول طائفة من المتقدمين.

والمذهب الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أن الشافعي إنما جعل التدبير صريحاً في العتق من العالم، ولو كان من جاهل لكان كناية وجعل الكتابة كناية من الجاهل ولو كان من العالم لكان صريحاً، فسوى بين لفظ الكتابة والتدبير، فجعلهما صريحين من العلماء كنايتين من الجهال.

وهذا قول فاسد، لأن صريح الطلاق وكنايته تستوي في حق العالم والجاهل كذلك الكتابة والتدبير.

والمذهب الثالث: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وأكثر أصحابنا، أن الجواب منهما محمول على ظاهره في الموضعين فتكون لفظ الكتابة كناية من العالم والجاهل، والتدبير صريحاً من العالم والجاهل.

والفرق بينهما كثرة التدبير وقلة الكتابة، فصار التدبير لكثرة استعماله في العتق صريحاً والكتابة لقلة استعمالها فيه كناية.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ تَجُوزُ عَلَى العَرَضِ حَتَّى يَكُونَ مَوْصُوفاً كَالسَّلَمِ».

قال الماوردي: أما الكناية على الأعيان الحاضرة فقد ذكرنا أنها لا تصح، لأنها إن كانت في يده فهي لسيده، فإن لم تكن في يده فأولى أن لا تصح في كتابته، وإنما تصح الكتابة بما يستقر في ذمته وإذا كان كذلك فلا يخلو ما يكاتبه عليه في ذمته من أن يكون من جنس الأثمان أو من غيرها.

فإن كان من جنس الأثمان من الدراهم والدنانير جاز إذا كان لها نقد غالب أن يكاتبه عليها بالإطلاق من غير صفة ليحملا فيها على العرف في اعتبار الأغلب، وإن لم يكن فقد غالب، فلا تصح إلا بوصفها، فإن أطلقت بطلت، كالأثمان، وإن كان من غير جنس الأثمان فإن كان ما يصح ثبوته في الذمة سلماً، صحت المكاتبة عليه، وإن كان مما لا يصح ثبوته في الذمة سلماً، كالذي لا تضبط صفته من الجواهر لم تصح المكاتبة عليه، ثم عليه أن يصف ذلك في عقد الكتابة كما يصفه في عقد السلم فإن أخلَّ بصفة من صفاته بطلت الكتابة لدخول الجهالة عليه. وأسقط أبو حنيفة اعتبار الصفة، وخالف بين الكتابة فيها والسلم، وجوّز المكاتبة على الحيوان ولم يجوز فيه السلم وهي عندنا سواء، في استحقاق الصفة ونفي الجهالة، لأن الغرر وإن دخل في الكتابة من وجه فالعوض فيه معتبر بالسلم والأثمان في نفي الجهالة عنه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ بَأْسَ أَنْ يُكَاتِبَهُ عَلَى خِدْمَةِ شَهْرٍ وَدِينَارٍ بَعْدَ الشَّهْرِ».

قال الماوردي: والكتابة تجوز على المنافع كما تجوز على الأعيان لجواز المعاوضة عليها، ولذلك جاز الصداق بها، فإذا جمع بينهما في الكتابة فقال: قد كاتبتك على خدمة شهر ودينار بعد الشهر ووصف الخدمة بما توصف به الإجارة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يفصل بين انقضاء شهر الخدمة، وبين محل الدينار الذي بعده، ولو بيوم، فيجعله مستحقاً بعد انقضاء يوم من دخول الشهر الثاني، فتصح هذه الكتابة، لأنها على نجمين وإن كانا من جنسين متغايرين، وتغاير أجناس العوض في العقد لا تمنع من صحته كما لا يمنع منها تغاير أجناس المعوض.

فإن قيل: فهلا كانت هذه الكتابة فاسدة، لأنها معقودة على نجمين:

أحدهما: حالّ وهو الخدمة.

والثاني: مؤجل وهو الدينار.

قيل لا يلزم هذا وعنه جوابان:

أحدهما: أن الخدمة ليست حالَّةً وإن كان ابتداؤها من حين العقد، لأنها منتظرة تقبض حالاً بعد حال.

والثاني: أن الكتابة على الحال لم تصح، لتعذر الأداء على المكاتب والخدمة ليس يتعذر عليه أداؤها وإن حلت فافترقا.

والضرب الثاني: أن يصل بينهما، ولا يفصل فيجعل محل الدينار في أول الشهر الثاني، فيصير متصلاً بانقضاء الخدمة في آخر الشهر الأول ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: حكاه أبو إسحاق المروزي عن بعض المتقدمين من أصحابنا أن الكتابة باطلة، لأن اتصال أحد النجمين بالآخر يجعلهما نجماً واحداً حتى يكون بينهما زمان لا يستحق فيه مطالبة.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة أن الكتابة جائزة، لأن النجمين ما تغاير وقت استحقاقهما واستحقاق الدينار في غير الوقت الذي يستحق فيه الخدمة فصارا نجمين، فلذلك صحت بهما الكتابة وعلى تعليل الوجهين لو جعل محل الدينار في شهر الخدمة لم تصح الكتابة وقد قاله الشافعي نصاً.

ومن أصحابنا من ركّب الباب على الوجه الأول، وجوز فيه الكتابة وعلل في جوازها بأن ما مضى من شهر الخدمة قبل استحقاق الدينار نجم، وما بقي منها بعد استحقاقه نجم آخر. وهذا التعليل فاسد، لأنه لو كاتبه على خدمة شهرين لم تصح لأنها كتابة على نجم واحد وليس لقائل أن يقول أجيزها وأجعل كل شهر منها نجماً.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى أَنْ يَخْدُمَهُ بَعْدَ الشَّهْرِ لَمْ يَجُزْ لأَنَّهُ قَدْ يَحْدُثُ مَا يَمْنَعُهُ مِنَ العَمَلِ بَعْدَ الشَّهْرِ وَلَيْسَ بِمَضْمُونٍ يُكَلَّفُ أَنْ يَأْتِيَ بِمِثْلِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا كاتب على دينار بعد شهر وعلى خدمة شهر بعد الشهر فهذه كتابة باطلة وليس بطلانها من جهة اتصال النجمين ولكن لأن خدمة الشهر هي معينة من جهة العبد نفسه والعقود على الأعيان بتأخير القبض لا تصح.

ألا ترى لو اشترى منه داراً على أن يتسلمها بعد شهر، أو اكتراها بعد شهر من وقت العقد لم يجز، لأنه عقد على عين بعد أجل، فلذلك بطل كذلك الكتابة، ولكن لو كاتب على دينار بعد شهر وعلى خدمة شهر مضمونة في ذمته بعد انقضاء ذلك

الشهر، صار ذلك في حكم تأجيل الخدمة، وتأجيل الدينار فإن فصل بينهما صح، وإن وصل فعلى الوجهين، لأن الخدمة صارت هاهنا مضمونة في الذمة. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى أَنْ بَاعَهُ شَيْئاً لَمْ يَجُزْ لأَنَّ البَيْعَ يَلْزَمُ بِكُلِّ حَالٍ وَالكِتَابَةُ لاَ تَلْزَمُ مَتَى شَاءَ تَرَكَهَا».

قال الماوردي: وأصل هذا أن عقد المعاوضة إذا جمع شيئين مختلفين على ضربين:

أحدهما: أن يكون في حكم العقد في أحد النوعين مساوياً لحكمه في النوع الآخر.

مثاله: أن يشتري داراً وعبداً بألف فيكون هذا جائزاً لأن أحكام البيع في العبد كأحكامه في الدار في اللزوم، وثبوت خيار المجلس بالعقد وخيار الثلاثة بالشرط، ويكون الثمن مقسطاً على المثمنين فإن سمي في العقد ثمن كل واحد منهما من جملة الألف صح وكانا لتفصيل الثمن عقدين جمع بينهما في البذل والقبول.

والضرب الثاني: أن يكون حكم العقد في أحد النوعين مخالفاً لحكمه في النوع الآخر.

مثاله: أن يشتري منه عبداً ويستأجر منه داراً بألف فإن فصل ثمن العبد من أجرة الدار صح، وكانا عقدين وإن لم يفصل وأطلق الألف في الأجرة والثمن، فحكم العقد في الإجارة مخالف لحكمه في البيع لعدم الخيار في الإجارة وثبوته في البيع فيكون في العقد عليهما قولان:

أحدهما: صحيح منهما ويكون لكل واحد منهما حكمه، لأنه لما لم يمنع اختلاف الأجناس من صحة العقد لم يمنع منه اختلاف الأحكام.

والقول الثاني: أن العقد باطل فيهما جميعاً، لأن العقد الواحد لا يجوز أن يكون له إلا حكم واحد متى خالف بعضه حكم بعض تناقض، فبطل كما لو اشترى عبدين بألف واشترط خيار الثلاث في أحدهما بطل العقد فيهما.

فصل: فإذا تقررت هذه المقدمة فصورة المسألة في رجل كاتب عبده وباعه داراً بألف فإن فصل مال الكتابة من ثمن العبد، صحت الكتابة لتميزها، فأما بيع الدار فينظر فيه فإن قدمه في العقد على لفظ الكتابة بطل البيع، وإن صحت الكتابة لتقدم العقد عليها وهو عبد وما يبيعه السيد على عبده باطل.

وإن قدم في العقد لفظ الكتابة على لفظ البيع نظر، فإن كان العبد قد بدأ فطلب

الكتابة قبل إجابة السيد صح البيع إذا قبله العبد، لأن الكتابة قد تجب بطلب العبد وإجابة السيد وصار السيد مستأنفاً بعدها لمبايعة مكاتبه بالبذل، وبيع السيد على مكاتبه جائز كجوازه مع غيره، ووقف تمام البيع بعد بذل السيد على قبول المكاتب، وإن لم يكن العبد قد ابتدأ بطلب الكتابة، وابتدأ السيد ببذلها فعقد الكتابة لم يتم لوقوفه على قبول المكاتب.

وإذا كان كذلك صار مبايعاً لعبده لا لمكاتبه، فبطل البيع وصحت الكتابة.

فهذا حكم العقد في الكتابة والبيع إن فصل الكتابة من ثمن الدار.

فأما إن جمع بينهما في العقد على الإطلاق، من غير تفصيل فهو مبني على الأصل الذي قدمناه.

فإن قلنا: إن ما جمعه العقد من المختلفين في الحكم باطل، بطل العقد هاهنا في الكتابة، والبيع.

وإن قلنا: إنه جائز فيهما جميعاً أثبتنا حكم العقد فيهما هاهنا على ما قدمناه من تفصيل المعوض فيهما، وهو أن ينظر في عقده فإن قدم فيه ذكر الكتابة على ذكر البيع، صح العقد فيهما بصحة الكتابة بتقدمها فصح البيع بعدها وتقسط الألف على على قيمة الدار وكتابة المثل فما قابل قيمة الدار منها كان ثمناً، وما قابل كتابة المثل كان مالاً في الكتابة، فيجري على كل واحد منهما حكمه لو انفرد وإن قدم في العقد ذكر البيع على ذكر الكتابة بطل البيع، لأنه صار فيه مبايعاً لعبده وفي بطلان الكتابة قولان من تفريق الصفقة:

أحدهما: تبطل الكتابة لبطلان البيع، إذا منع من تفريق الصفقة.

والقول الثاني: تصح الكتابة وإن بطل البيع إذا أجيز تفريق الصفقة.

فعلى هذا فيما يقيم به العبد على الكتابة قولان:

أحدهما: يقيم عليها بجميع الألف وإلا فسخ.

والثاني: يقيم عليها بقسطها من كتابة المثل وقيمة الدار إذا قوبلتا بالألف.

فصل: فأما إذا قال السيد لعبده: قد كاتبتك بألف على أن أبيعك داري بألف. فهذا باطل في الكتابة والبيع، لأنهما عقدان في عقد. وقد نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ ولأنه ما أطلق كتابته حتى شرط عليه ابتياع ما لا يلزمه فصار منافياً له فأبطله. ولكن لو قال: قد كاتبتك بألف وأبيعك داري بألف صحت الكتابة، وكان ما

بذله من البيع وعداً يقف على خيار المكاتب إن استؤنف عقده، ولم يجعل شرطاً في الكتابة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَاتَبَهُ على مائة دِينَارٍ يُؤَدِّيهَا إِلَيْهِ فِي عَشْرِ سِنِيْنَ كَانَ النَّجْمُ مَجْهُولاً لاَ يُدْرَى أَفِي أَوَّلِهَا أَوْ آخِرِهَا (قَالَ الْمُزَنِيُّ) وَكَذَا يُؤَدِّي إِلَيْهِ فِي كُلِّ سَنَةٍ عَشَرَةً مَجْهُولٌ لأَنَّهُ لاَ يَدْرِي أَفِي أَوَّلِ كُلِّ سَنَةٍ أَوْ آخِرِهَا حَتَّى يَقُولَ فِي انْقِضَاءِ كُلِّ سَنَةٍ عَشْرَةً فَتَكُونَ النُّجُومُ مَعْلُومَةً».

قال الماوردي: وما قالاه صحيح لما قدمناه أن صحة الكتابة معتبرة بثلاثة شروط:

أحدها: أن تكون معقودة على نجمين فصاعداً فإن عقدت على نجم فسدت.

والثاني: أن يكون مال كل نجم معلوماً فإن جهل فسدت.

والثالث: أن يكون وقت المحل في كل نجم معروفاً. فإن جهل فسدت.

فإذا تقرر ما وصفنا فقال: قد كاتبتك على مائة دينار يؤديها في عشر سنين كانت الكتابة فاسدة لثلاثة معان، لأنها تصير كالكتابة على نجم واحد، ولأن مال كل نجم مجهول، لأن كل وقت مَحَلُّه في كل سنة مجهول.

ولو قال: على أن تؤديها في عشرة أنجم من عشر سنين فسدت لمعنيين، لأن مال كل نجم مجهول، ولأن محله من السنة مجهول.

ولو قال: على أن تؤدي في كل سنة منها عشرها فسدت لمعنى واحد وهو الجهل بوقت المحل من السنة.

ولو قال: على أن تؤدي عشرها، أو قدراً من عدد الدنانير تتساوى في كل سنة أو تتفاضل تؤديه عند انقضاء كل سنة أو في آخر كل سنة، أو في مستهل شهر كذا في كل سنة صحت حينئذ الكتابة باستيفاء هذه الشروط المانعة من دخول الجهالة في القدر والمحل.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَاتَبَ ثَلاَثَةً كِتَابَةً وَاحِدَةً عَلَى مائَةٍ مُنَجَّمَةٍ عَلَى أَنَّهُمْ إِذَا أَدَّوْا عُتِقُوا كَانَتْ جَائِزَةً وَالمائَةُ مَقْسُومَةٌ عَلَى قِيمَتِهِمْ يَوْمَ كُوتِبُوا فَأَيُّهُمْ أَدَّى حِصَّتَهُ عُتِقَ وَأَيُّهُمْ عَجَزَ رَقَّ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل كاتب ثلاثة أعبد له على مائة دينار منجمة فلا يخلو حال كتابتهم بها من أن يبين كتابة كل عبد من المائة، أو لا يبين:

فإن بيَّنَها وجعل كتابة أحدهم خمسين ديناراً، وكتابة الثاني ثلاثين ديناراً، وكتابة الثالث عشرين ديناراً، فكتابة جميعهم جائزة باتفاق، ويكون كل واحد منهم مأخوذاً بقدر كتابته يعتق بأدائها ويرق بعجزه عنها، ولا يعتبر حكم أحدهم بغيره وإن أطلق حكم المائة بينهم، ولم يبين كتابة كل واحد منهم. فقد نص الشافعي رحمه الله في كتاب الأم والإملاء ونقله المزني منهما إلى هذا الموضع، وهو المذهب المعمول عليه أن كتابتهم صحيحة، وتقسط المائة بينهم على قدر قيمتهم وقال من الفقهاء معه في رجل باع ثلاثة عبيد له على ثلاثة أنفس على كل واحد منهم عبد يعينه بمائة دينار، ولم يميز ثمن كل واحد من العبيد أن البيع باطل في الجميع، لأن ثمن كل واحد من العبيد على مشتريه مجهول، وجهالة الثمن مبطلة للعقد، وله فيمن تزوج أربع نسوة على صداق ألف قولان:

أحدهما: بطلان الصداق، وصحة النكاح، لأن فساد الصداق لا يوجب فساد النكاح.

والقول الثاني: أن الصداق جائز وتقسط الألف بينهن على قدر مهور أمثالهن، فلم يختلف أصحابنا في الصداق أنه على قولين وإنما اختلفوا في الكتابة والبيع على طريقين:

أحدهما: وهي طريقة أبي العباس بن سريج أنه سوّى بين الكتابة والبيع ونقل جواب كل عقد منهما إلى الآخر وخرجها على قولين:

أحدهما: بطلان الكتابة والبيع على ما نص عليه في البيع.

والثاني: جواز الكتابة والبيع على ما نص عليه في الكتابة لأنه يفضي إلى جمع بين بيع ثلاثة أعبد على ثلاثة أنفسٍ في عقد، وبين بيعهم في الكتابة على أنفسهم في عقد.

والطريقة الثانية: وهي طريقة أبي إسحاق المروزي وأبي سعيد الإصطخري وأبي علي بن أبي هريرة أن البيع باطل قولاً واحداً، ولا يتخرج فيه قول الكتابة، لأن حكمه مجمع عليه، وفي الكتابة قولان لتخريج قول البيع فيه.

وأحد القولين: أن الكتابة باطلة في الثلاثة كبطلان البيع في الثلاثة، لأن كل واحد من المكاتبين الثلاثة قد جهل في العقد مال الكتابة، والجهل بمال الكتابة موجب لفسادها، كما لو ابتدأ كتابته على مال مجهول.

والقول الثاني: أن الكتابة جائزة في العبيد الثلاثة، وإن بطل البيع في العبيد الثلاثة.

والفرق بين البيع والكتابة من وجهين:

أحدهما: أن المقصود بالكتابة القربة والبر فخف حكمها.

والمقصود بالبيع الربح والمغابنة فتغلظ حكمه.

والثاني: أنه قد ينفذ العتق في الكتابة الفاسدة كنفوذه في الكتابة الصحيحة ولا ينتقل الملك بالبيع الفاسد كانتقاله بالبيع الصحيح فافترقا لخفة حكم الكتابة، وتغليظ حكم البيع.

فصل: فإذا تقرر أن كتابتهم على قولين فإن قلنا: بصحة الكتابة فيهم كانت المائة دنانير مقسطة بينهم على قدر قيمتهم يوم كوتبوا لأنهم بالكتابة خرجوا عن تصرف السيد وتصرفوا لأنفسهم فلذلك اعتبرت قيمتهم وقت الكتابة.

فإذا قيل: إن قيمة أحدهم مائة درهم، وقيمة الآخر مائتا درهم، وقيمة الثالث ثلاثمائة درهم كانت المائة دينار مقسطة على ستمائة درهم فيكون على الذي قيمته مائة درهم سدسها وعلى الذي قيمته مائتا درهم ثلثها وعلى الذي قيمته ثلاثمائة درهم نصفها، وكان كل واحد منهم مأخوذاً بالقدر الذي تقسط عليه منها، ولا يلزمه ضمان ما على صاحبه.

وقال أبو حنيفة ومالك: يلزم كل واحد من الثلاثة ضمان ما على الآخرين، لأن كتابتهم واحدة فاشتركوا في التزامها وضمان مالها وصار كل واحد منهم مأخوذاً بجميعها. وهذا غير صحيح، لأن الاجتماع على الكتابة كالاجتماع على الابتياع، فلمّا لم يلزم الضمان في الاجتماع على الابتياع لم يلزم الضمان في الاجتماع على الكتابة، وإذا اختص كل واحد منهم بالتزام مال كتابته دون صاحبه لم يخل حال الثلاثة في الأداء من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يؤدوا جميعاً مال كتابتهم، فقد عتقوا بالأداء اتفاقاً.

والحال الثانية: أن يعجزوا جميعاً عن الأداء فيرقوا جميعاً إذا أعجزهم السيد وهذا اتفاق أيضاً.

والحال الثالثة: أن يؤدي بعضهم ويعجز بعضهم، فيعتق من أدى ويرق من عجز.

وقال أبو حنيفة ومالك: لا يعتق من أدى إذا عجز بعضهم حتى يؤدوا جميع مال الكتابة، ولمن أدى أن يجبر من عجز على الكسب والأداء، فإن أدى المؤدي عن العاجز عتقوا جميعاً، حينئذ ورجع المؤدي على العاجز بما أدى عنه.

قالوا: وإنما لم يعتق أحدهم بالأداء حتى يؤدوا جميعاً جميع الكتابة، اعتباراً

بحكم الصفة في قوله: «فَإِذَا أَدَّيْتُمْ إِليَّ آخرها فأنتم أحرار» فوجب أن لا يعتق واحد منهم إلا بأداء جميع المال كما لو قال لهم: إذا دفعتم إليَّ ألف درهم فأنتم أحرار. لم يعتقوا حتى يدفعوا جميع الألف، ولو دفعوها إلا درهماً لم يعتقوا. وكما لو قال لهم: إذا دخلتم الدار فأنتم أحرار. لم يعتق أحد منهم بدخوله، حتى يدخلوها جميعاً، فيعتقوا حينئذ.

كذلك في الكتابة.

وهذا الذي قالاه غير صحيح لأن في الكتابة معاوضة وصفة فإذا صحت الكتابة غلب فيها حكم المعاوضة وإذا فسدت غلب فيها حكم الصفة. ألا ترى أن السيد لو أبرأ مكاتبه من مال الكتابة عتق، وإن لم توجد صفة الأداء ولو مات السيد فأداها المكاتب إلى ولده عتق، وإن لم توجد الصفة تغليباً لحكم المعاوضة فبطل ما قالاه، وخالف مجرد العتق بالصفات لما ذكرناه.

فصل: وإن قلنا بالقول الثاني أن كتابة الثلاثة باطلة فسد حكم العوض فيها، وبقي حكم الصفة، وللسيد أن يرفعها، ويسقط حكمها، فإن فعل ذلك وأشهد به على نفسه، ارتفع حكم الكتابة، ولم يعتقوا بالأداء فإن قيل أفليس لو علّق عتقه بصفة فقال: إن دخلت الدار فأنت حر، لم يكن له إبطال هذا الحكم وإسقاطه ومتى دخل العبد الدار عُتِق، ولا يؤثر فيه رجوع السيد، وإبطاله للصفة فهلا كان في الكتابة الفاسدة التي قد يغلب فيها حكم العتق بالصفة ممنوعاً من إبطالها، والرجوع فيها.

قيل: الفصل بينهما أنه ألزم نفسه في العتق بالصفات وقوع العتق بمجرد الصفة، فلم يكن له إبطال ما التزم، وهو في الكتابة الفاسدة إنما ألزم نفسه العتق بالصفة على شرط العوض الذي كاتب عليه، فإذا بطل ما شرط من العوض أسقط ما تعلق بالصفة من الالتزام فافترقا.

وإذا كان كذلك لم يخل حاله في هذه الكتابة الفاسدة من أحد أمرين: إما أن يرجع فيها فيبطلها، أو يقرها على حالها.

فإن رجع فيها وأبطلها سقط حكم الصفة فإن أدى هؤلاء العبيد مال كتابتهم لم يعتقوا وكانوا على رقهم، وما استأداه السيد منهم لا يلزمه رده عليهم، لأنهم عبيده وهو مالك لأكسابهم.

وإن لم يرجع السيد في كتابتهم، ولا أبطل ما عليهم، فإن أدوا جميعاً ما عليهم من مال الكتابة، عتقوا بوجود الصفة وكان له عليهم قيمتهم يوم أدوا فعتقوا لا يوم كُوتِبُوا بخلاف تقويمهم، لو صحت كتابتهم، لأن يد السيد ارتفعت عنهم في الكتابة

الفاسدة، وقت الأداء وفي الكتابة الصحيحة وقت العقد، فلذلك كان التقويم فيها إذا فسدت وقت الأداء، وإذا صحت وقت العقد، وإذا وجب على كل واحد منهم قدر قيمته نظر. فإن كانت القيمة من غير جنس مال الكتابة الذي أداه دفع القيمة إلى سيده، واسترجع منه ما أداه وإن كانت من جنسه تقاصّا.

فإن كانت القيمة أكثر رجع السيد بالباقي منها، وإن كان الأداء أكثر رجع المكاتب بالفاضل عنها.

فأما إذا أدى بعضهم مال كتابته الفاسدة ففي نفوذ عتقه بأدائه وجهان:

أحدهما: وهو اختيار أبي حامد الإسفراييني أنه لا يعتق تغليباً لحكم العتق بالصفة كما لو قال: إذا أديتم إليَّ ألفاً فأنتم أحرار فأدى بعضهم حصته منها لم يعتق.

والوجه الثاني: وهو الظاهر من مذهب الشافعي أنه يعتق بأداء حصته وحده، لأنه وإن تغلب في فساد الكتابة حكم العتق بالصفة، فقد بقي من أحكام المعاوضة ما يخرجه عن حكم الصفة المجردة، فإذا عتق وحده كان التراجع بالقيمة على ما وصفنا. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَأَيُّهُمْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّي مَاتَ رَقِيقاً كَانَ لَهُ وَلَدٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ».

قال الماوردي: وهذا أراد به الرد على أبي حنيفة. فإنه يقول: إذا مات المكاتب قبل الأداء وترك ولداً ووفاءً قام ولده مقامه في الأداء، وبان أن المكاتب مات حرًّا بأداء ولده من بعده. وسيأتي الكلام معه من بَعْدُ وإن كان فساد قوله ظاهراً من وجهين:

أحدهما: أن من مات على حكمه من حرية، أو رق، أو إسلام، أو كفر لم ينتقل عن حاله التي مات عليها. وموت هذا المكاتب لا يخلو أن يكون عن حرية أو رق. فلما كان قبل أداء ولده مرقوقاً، فكذلك بعده.

والثاني: أنه لو ترك مكان ولده أخاً لم يعتق بأدائه عنه فكذلك إذا ترك ولداً كان بمثابته.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَدَّوا فَقَالَ مَنْ قَلَّتْ قِيمَتُهُ أَدَّيْنَا عَلَى العَدَدِ وَقَالَ الآخَرُونَ عَلَى القِيَمِ فَهُوَ عَلَى العَدَدِ أَثْلَاثاً».

قال الماوردي: إذا أدوا جميعاً مال كتابتهم ثم اختلفوا في تساويهم فيه، أو تفاضلهم لم يخل حال اختلافهم من أن يكون قبل عتقهم، أو بعد عتقهم. فإن كان الاختلاف قبل العتق فصورته: أن يكاتبوا جميعاً على مائة دينار، وهم ثلاثة على أن

كتابة أحدهم على عشرين ديناراً، وكتابة الآخر على ثلاثين ديناراً، وكتابة الثالث على خمسين ديناراً، فيؤدوا معاً خمسين ديناراً. ثم يختلفون فيقول من قلت قيمته: أديناها بالسوية أثلاثاً فيكون لكل واحدٍ منا ثلثها محسوباً مال كتابته، ويقول من كثرت قيمته: أديناها على القيم فلي نصفها خمسة وعشرون ديناراً، ولك يا من قلّت قيمته عشرة دنانير، ولك يا من كثرت قيمته خمسة عشر ديناراً، فيكون التنازع في هذا الاختلاف مختصاً ولا يكون السيد فيه خصماً لهم، لأن تنازعهم لا يقتضى استرجاع شيء من السيد فلذلك لم يضمن لهم حقهم فإن تصادقوا بعد الاختلاف عمل على تصادقهم، ولم يعتبر فيه تصديق السيد لهم، وإن أقاموا على التنازع والاختلاف فالذي نقله المزني هاهنا ونص عليه الشافعي في كتاب الأم، أن القول فيه قول من قلّت قيمته في ادعاء التساوي، ويكون بينهم أثلاثاً لتساوي أيديهم كثلاثة في أيديهم دارٌ ادعى بعضهم أنها بينهم بالسوية أثلاثاً وادعى الآخرون أنها بينهم على تفاضل فالقول فيها قول من ادعى التساوي دون التفاضل لتساوي أيديهم عليها فاستوت حقوقهم فيها.

فصل: فإن كان اختلافهم بعد العتق، وصورته أن يؤدوا جميع المائة فيعتقوا بها في الظاهر، ثم يدعي من قلت قيمته التساوي ليرجع بالباقي، ويدعي من كثرت قيمته التفاضل على قدر القيم، ليتحرر عتقه بإدائه فينظر في دعوى من قلت قيمته فيما ادعاه من الفاضل عنها، فإن ادعى أنه أداه عمن كثرت قيمته قرضاً عليه يأخذه بردّه، فالسيد خارج من تنازعهم، ولا يكون في هذه الدعوى خصماً لهم، وقد عتقوا جميعاً بذلك الأداء.

وإن ادعى أنه دفع الفضل إلى السيد قرضاً عليه، أو وديعة عنده صار السيد في هذا التنازع خصماً لهم، فإن صدق الدعوى لزمه الرد، وإن أكذبها وصدق من كثرت قيمته في عتقه بها صار داخلاً في التنازع والاختلاف، وفيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وقد أشار إليه الشافعي في موضع من كتاب الأم أن القول فيه قول من كثرت قيمته مع يمينه، ويكون المال المؤدى على قدر قيمتهم، ولا تراجع فيه اعتباراً بالعرف في الدين أن المؤدى فيه بقدر الدين، فجاز أن يكون العرف في هذا الاختلاف معتبراً.

ولأن الظاهر من الأداء وقوع العتق به فلم يجز أن يقبل ما خالفه في نقضه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي حامد الإسفراييني أن القول فيه قول من قلّت قيمته في التساوي ورد قول من خالفه في ادعاء التفاضل، لأن الدعوى إذا ترددت بين يد وعرف غلب فيها حكم اليد على العرف.

ألا ترى أن دبّاغاً وعطاراً، لو تنازعا دباغة وعطراً لحكم بينهما باليد، وإن كان العطر في العرف للعطار والدباغة للدباغ، ولأن رجلين لو اشتريا داراً بألف لأحدهما ربعها وللآخر ثلاثة أرباعها، ودفعا إلى بائعها ألفاً، ثم اختلفا فقال صاحب الربع: الألف التي دفعناها بيننا نصفين فلي الرجوع بالباقي.

وقال صاحب الثلاثة الأرباع: إننا دفعناها على قدر ما علينا فلا تراجع فالقول فيه قول من ادعى التساوي اعتباراً باليد دون العرف وفاقاً كذلك في الكتابة حجاجاً، ثم يكون العتق على الوجهين معاً نافذاً في الثلاثة، لأن الزيادة إن ادعيت أداء عن الأكثر قيمة قرضاً، فقد عتق بها، وإن كانت ديناً عليه، وإن ادعيت وديعة عند السيد أو قرضاً فقد صدق السيد للأكثر قيمة على أدائه لها، واعترف بعتقه بها إلا أن يكون السيد قد أكذبه، وصدق مدعي التساوي، فإذا جعل القول قوله على الوجه الثاني لم يعتق الأكثر قيمة بما ادعاه من التفاضل، وكان على كتابته، حتى يؤدي بقيتها بعد تساويهم فيها، ليعتق حينئذ لأن قوله لم يقبل وسيده لم يصدقه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَدَّى أَحَدُهُمْ عَنْ غَيْرِهِ كَانَ لَهُ الرُّجُوعُ فَإِنْ تَطَوَّعَ فَعُتِقُوا لَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ فَإِنْ أَدَّى بِإِذْنِهِمْ رَجَعَ عَلَيْهِمْ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: ليس لأحد المكاتبين في العقد الواحد أو في عقود أن يؤدي كسبه، إلا مال كتابته ولا يجوز أن يؤديه عن غيره من المكاتبين معه سواء، أدى عنه بأمره، أو بغير أمره، لأنه إن أداه عنه بغير أمره كانت هبة له، وإن أداه عنه بأمره، كان قرضاً عليه وليس للمكاتب أن يصرف ماله في هبة ولا قرض فإن فعل وأدى عن غيره مالاً إلى سيده لم يخل حال السيد في قبضه ذلك منه من أحد أمرين: إما أن يكون عالماً بأنه أداه من مال نفسه، أو غير عالم.

فإن كان غير عالم بذلك فالأداء باطل، وغير محتسب به للمؤدِّي عنه ويكون محتسباً به للمؤدَّى إن كان ما عليه قد حلَّ، فإن لم يكن حل كان المؤدي بالخيار بين أن يسترجعه من سيده، أو يجعله تعجيلاً عن نفسه وإن كان السيد عالماً بأنه أدى ذلك من مال نفسه، فعلمه به كالإذن فيه فيكون كالمكاتب إذا وهب أو أقرض بإذن سيده فيكون فيه قولان:

أحدهما: لا يصح، لأن ما بيده مستحق في كتابته، فلم يجز أن يعدل به إلى غيرها.

والقول الثاني: يصح ذلك ويجوز، لأنه ممنوع من التصرف فيما بيده لحق سيده، فصح تصرفه فيه بإذنه كالعبد.

فإذا قلنا: إن ذلك لا يجوز صار كما لو أداه بغير علم سيده، فلا يحتسب به المؤدى عنه ويحتسب به للمؤدي من كتابته إن حلف عليه، وإن كانت إلى أجلها كان بالخيار بين أن يسترجعها من سيده، أو يعجلها عن كتابة نفسه فلو لم يسترجعها المكاتب ولا عجلها عن نفسه حتى أدى ما عليه، فعتق ففي استحقاق استرجاعها بعد عتقه وجهان:

أحدهما: وهو الظاهر من منصوص الشافعي أنه لا يستحق استرجاعها والسيد أولى بها لأنها كانت موقوفة على أدائها في كتابته فلم يكن له أن يسترجعها في حق نفسه.

والوجه الثاني: وهو الأصح عندي أن له استرجاعها، لأنه بعد العتق أقوى ملكاً، وتصرفاً فلما استحق استرجاعها في أضعف حاليه، كان استرجاعها في أقواهما أولى وإذا قلنا: إن ذلك صحيح جائز لم يخل حاله في أداء ذلك عن صاحبه من أن يكون أداؤه عنه بإذنه أو بغير إذنه، فإن كان قد أداه بغير إذنه لم يرجع فيه، وكان متطوعاً ببذله كالهبات، وإن كان قد أداه عنه بإذنه يرجع به كالقرض لم يخل حال المؤدي والمؤدى عنه من أربعة أحوال:

أحدها: أن يعجزا فيرقا فلا رجوع للمؤدِّي بما أدى لا على سيده ولا على المؤدَّى عنه، لأنه بعوده إلى الرق قد صارت أمواله لسيده، والسيد لا يثبت له على عبده غرم فلا يثبت لعبده عليه مال.

والحال الثانية: أن يؤديا فيعتقا فللمؤدي بعد عتقه أن يرجع على المؤدى عنه بعد عتقه بما أداه عنه إن كان موسراً، وإن كان معسراً أُنظر به إلى ميسرته.

والحال الثالثة: أن يعتق المؤدى عنه، ويبقى المؤدِّي على رقه فينظر في عتق المؤدى عنه، فإن كان بغير ما أقرضه المؤدِّي نفذ عتقه، وكان المال المؤدَّى عنه ديناً حالاً للسيد عليه، وإن كان عتقه بما أقرضه المؤدي ففيه وجهان أخرجهما أبو علي الطبري في إفصاحه احتمالاً:

أحدهما: أن عتق المؤدى عنه قد نفذ، ورق المُؤَدِّي قد استقر ويكون الأداء ديناً للسيد يرجع به على المعتق اعتباراً بحكم الأداء والعجز.

والوجه الثاني: أنه لا يعتق المؤدَّى عنه بذلك الأداء ويحتسب به للمؤدِّي، فإن كان بقدر الباقي عليه في كتابته عتق وأعيد المؤدَّى عنه إلى رقه، وإن كان أقل أعيدا معاً إلى الرق اعتباراً بحال الكسب.

والحال الرابعة: أن يعتق المؤدِّي، ولا يعتق المؤدَّى عنه، وهو على رِقِّه، فللمؤدَّى عنه ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون في يده ما بقي من مال الكتابة، وبدل ما اقترض فيؤديها ويتحرر عتقها بها.

والحال الثانية: أن يعجز عن باقي الكتابة، وعن القرض جميعاً فللسيد أن يعيده إلى الرق، ويكون قرض المؤدِّي ديناً في ذمة العبد إذا أعتق وأيسر رجع به عليه.

والحال الثالثة: أن يكون في يده ما يتصرف في أحدها إما في عتقه أو في قرضه. فيقال للمؤدِّي انتظره بقرضك حتى يؤدي ما بيده في عتقه فإن أجاب فعلى ذاك، وإن امتنع قيل للسيد انتظره بنفسك حتى يؤدي ما بيده في قرضه، فإن أجاب فعلى ذاك وإن امتنع أيضاً وتنازعا الموجود فالمؤدي المقرض أحق به من السيد لأمرين:

أحدهما: أن القرض دين مستقر في الذمة ومال الكتابة غير مستقر في الذمة.

والثاني: أن في عود المقرض به حفظاً لحقه وحق السيد بعوده إلى رقه، وحفظ الحقين أولى من تضييع أحدهما بالآخر، والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَتَحَمَّلَ بَعْضُهُمْ عَنْ بَعْضٍ الكِتَابَة فَإِنْ اشْتَرَطَ ذَلِكَ عَلَيْهِمْ فَالكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ».

قال الماوردي: إذا كانت جماعة في عقد واحد لم يلزم ضمان بعضهم عن بعض لا بالعقد ولا بالشرط.

وقال مالك وأبو حنيفة: يلزم ضمان بعضهم عن بعض بأصل العقد فإن شرط في العقد كان أوكد، وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أن ضمان مال الكتابة لا يصح.

والثاني: أن ضمان المكاتب لا يصح.

فأما ضمان مال الكتابة فلا يصح لأمرين:

أحدهما: أن من حكم الضمان أن يلزم، ومال الكتابة ليس بلازم.

والثاني: أن الضمان وثيقة في لزوم العقد والكتابة غير لازمة من جهة العبد.

وأما ضمان المكاتب فلا يصح لأمرين:

أحدهما: أن الكتابة قد أوقعت حجراً عليه لسيده، وضمان المحجور عليه لا يصح.

والثاني: أن ما بيده مستحق في كتابته فلم يجز أن يصرفه في غيرها، وإذا كان كذلك نظر في الكتابة، فإن لم يشرط فيها ضمان بعضهم عن بعض، كان كل واحد منهم مأخوذاً بمال كتابته لا غير وإن شرط فيها السيد ضمان بعضهم عن بعض في عقد الكتابة بطل الشرط والكتابة، لأن الشرط في العقد إذا نافاه أبطله كالشروط الفاسدة في البيوع.

فصل: فأما الحوالة بما على المكاتب فضربان:

أحدهما: أن تكون من جهة السيد فيحيل على مكاتبه بما عليه من نجوم كتابته، فالحوالة باطلة، لأن الحوالة تكون في الحقوق اللازمة وما على المكاتب ليس بلازم.

والضرب الثاني: أن تكون من جهة المكاتب، فيحيل سيده بما حل من نجوم كتابته، فتصح الحوالة، لأن دين المكاتب على غريمه لازم فصارت الحوالة بدين لازم. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَاتَبَ عَبْداً كِتَابَةً فَاسِدَةً فَأَدَّى عُتِقَ وَرَجَعَ السَّيِّدُ عَلَيْهِ بِقِيمَتِهِ يَوْمَ عُتِقَ وَرَجَعَ عَلَى السَّيِّدِ بِمَا دَفَعَ فَأَيُّهُمَا كَانَ لَهُ الفَضْلُ رَجَعَ بِهِ».

قال الماوردي: والعتق ضربان: ناجز، وعلى صفة.

فأما الناجز فهو ما كان وقوعه مقترناً بلفظ المعتق فيقع باتاً لا رجوع فيه بعد نفوذه.

وأما المعلق بصفة فضربان: صفة محضة، وصفة معاوضة.

فأما الصفة المحضة. فكقوله: إذا دخلت الدار فأنت حر وإذا قدم زيد فأنت حر، فإذا وجدت الصفة بدخول الدار وبقدوم زيد وقع العتق.

وهكذا لو قال لعبده: إذا دفعت إليَّ ألف درهم فأنت حر كان عتقاً بصفة، ولم يكن عتق معاوضة وإن وقع العتق بدفع مال، لأن المال للسيد لا يملكه العبد بهذا القول ولا يملك التصرف لنفسه، بخلاف المكاتب فمتى دفع الألف كاملة عتق بها لكن إن قال: إذا دفعت إليَّ ألفاً فأنت حر كان الدفع على الفور. فإذا دفع في مجلسه عتق وإن تراخَ لم يعتق.

وإن قال: متى دفعت إلي ألفاً فأنت حر كان دفعها على التراخي فمتى دفعها عاجلاً، أو آجلاً عتق بها. وإذا كان عتقه بهذه الصفة واقعاً بدفع جميع الألف فليس

هذا بعقد معاوضة، يعتبر فيه شروط الصحة وإنما يراعى فيه مخرج القول من مالك، جاز الأمر فإذا علق عتقه بهذه الصفة تعلق به ستة أحكام:

أحدها: لزوم حكمه للسيد والعبد، فلا يجوز للسيد فسخه ولا للعبد رفعه، ولا أن يجتمعا على فسخه، لأن الصفات لا يلحقها فسخ.

والثاني: أنه لا يصح الإبراء من هذا المال، لأن الإبراء متوجه إلى ما في الذمة، وهذا المال غير ثابت في الذمة.

والثالث: أنه متى مات السيد بطلت الصفة، ولم يعتق العبد بدفع، الألف إلى غيره، لأنه لم توجد صفة قوله: إن دفعت إليّ.

والرابع: أن العبد لا يملك بها كسب نفسه وأكسابه تكون لسيده لأنه لم يجرِ بينهما عقد يوجب تملك الكسب.

والخامس: أن ما فضل في يد العبد بعد عتقه بدفع الألف فهو لسيده، لأنه كان مالكاً له قبل العتق فلم يزل ملكه عنه بالعتق.

والسادس: أنه لا تراجع بين السيد وعبده بعد العتق، لأنه معتق بصفة لم يتضمنها عقد معاوضة.

فصل: فأما صفة المعاوضة فضربان:

أحدهما: ما صح فيه العقد فغلب فيه حكم المعاوضة.

والثاني: ما فسد فيه العقد فغلب فيه حكم الصفة.

فأما التي يصح فيها العقد فهي الكتابة الصحيحة قد صحت صفة، ومعاوضة، فيغلب فيها حكم المعاوضة، لأنها في معنى البيع. ولأنه لو نوى في الصفة أنّه متى دفع المال عتق صح، ولو تغلبت الصفة لم تؤثر فيه النية كما لو نوى أنه متى دفع إليه عبده ألفاً عتق لم يعتق ويتعلق بها ستة أحكام تخالف ما قدمناه:

أحدها: لزوم عقد الكتابة من جهة السيد لا يجوز له فسخها ما كان العبد مقيماً على الأداء، وليست لازمة من جهة العبد، لأن له الامتناع من الأداء الذي يعتق به، وإن كان قادراً عليه، ولا يملك الفسخ، وإن ملك الامتناع، لأن السيد لو أنظره بالمال عند عجزه كانت الكتابة بحالها فلو اجتمعا على فسخها صح النسخ تغليباً لحكم المعاوضة الموقوفة عليها.

والثاني: صحة الإبراء منها، لأن المال فيها كالثمن الذي يصح الإبراء منه ويعتق بالإبراء كما يعتق بالأداء لسقوط العوض في الحالين.

والثالث: أنه متى مات السيد لم تبطل الكتابة، وقام الوارث فيها مقامه، فإذا أداها المكاتب إليه عتق، لأنها من جهة السيد لازمة، والعقود اللازمة لا تبطل بالموت.

والرابع: أن المكاتب قد ملك بها كسبه قبل الأداء، لأن سلطان السيد قد زال عنه، ونفقته قد سقطت عنه، فصار الكسب للمكاتب كما صارت نفقته عليه.

والخامس: أن ما فضل في يد المكاتب بعد عتقه بالأداء كان ملكاً له لا حَقَّ فيه للسيد، لأنه لما ملكه قبل العتق فأولى أن يملكه بعده.

والسادس: أن لا تراجع بينهما بعد العتق لوقوعه عن عوض صحيح، كالثمن في البيع الصحيح. والله أعلم.

فصل: وأما التي لا يصح فيها العقد فهي الكتابة الفاسدة قد جمعت صفة ومعاوضة، فالمغلب فيها حكم الصفة، لأن قوله: قد كاتبتك على ألف معاوضة، وقوله فإذا أديت إليَّ آخرها فأنت حر عتق بصفة، فإذا بطل العوض المسمى بأحد الأسباب التي تبطل بها الكتابة، بقي حكم العتق بالصفة، وتعلق بها ستة أحكام قد تخالف ما قدمناه من أحكام الفصلين وسطر المزني بعضها من بعد، ونحن نستوفي شرحه عند ذكره بعد الإشارة إلى ما اقتضاه جميع الأحكام.

فأحد الأحكام الستة: أن الصفة التي يتعلق بها العتق غير لازمة، وللسيد إبطالها بنفسه، أو بأن يرفعها إلى الحاكم فيبطلها فإن وجدت الصفة بعد إبطالها بنفسه، أو بحكم الحاكم، ودفع المال المتعلق بها لم يقع العتق بخلاف الصفات المحضة، التي لا يجوز له إبطالها، ويقع العتق بوجودها لأنه تبرع بالتزام العتق بالصفات المحضة، فلم يقع إلا بها وهو في هذه الصفة المقترنة بالمعاوضة، ملتزم لها على شرط العوض فإذا لم يسلَّم له بالفساد بطل اللزوم، وصار موقوفاً على خياره كالعيوب في البيوع، وفارقا حكم الكتابة الصحيحة أيضاً التي لا يجوز له فسخها، لسلامة ما شرطه من العوض فيها.

والثاني: أن البراءة لا تصح من هذا العوض لفساده وإنه لم يثبت في ذمته فلم يصح الإبراء منه بخلاف الكتابة الصحيحة وجرى مجرى قوله: إن دفعت إليَّ ألفاً فأنت حر ثم أبرأه لم يبرأ.

والثالث: أنه متى مات السيد بطلت الصفة، ولم يعتق بالأداء إلى الورثة.

وقال أبو حنيفة: لا تبطل، ويعتق بالأداء إلى الورثة. وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أنها غير لازمة[ما لم يلزم من العقود بالموت، كما تبطل الكتابة بموت المكاتب لأنها غير لازمة][1] من جهته.

والثاني: أن فساد العوض يوجب تغليب حكم الصفة.

والسيد إذا علّق عتق عبده بصفة بطل حكمها بموته، كذلك في الكتابة الفاسدة.

والرابع: أن المكاتب يملك بها كسب نفسه، لأنه قد يلزم فيها العوض بوقوع العتق، فملك بها الكسب كالكتابة الصحيحة.

فإن قيل: أفليس في البيع الفاسد لا يملك النماء وإن ملكه في البيع الصحيح، فهلا كان في الكتابة الفاسدة كذلك؟

قيل: الفرق الفاصل بينهما، وهو أن المشتري لا يملك بالبيع الفاسد ما كان يملكه في البيع الصحيح، فلذلك لم يملك النماء في البيع الفاسد وملكه في البيع الصحيح، وليس كذلك الكتابة، لأن المكاتب يملك بها في الكتابة الفاسدة من عتق نفسه بالأداء، مثل ما كان يملكه في الكتابة الصحيحة، فلذلك ملك كسب نفسه في الكتابة الفاسدة كما يملكه في الكتابة الصحيحة.

والخامس: أن ما فضل في يد المكاتب بعد عتقه ملك له دون سيده، لأنه قد كان على ملكه قبل عتقه.

والسادس: أنهما يتراجعان بعد العتق فيرجع السيد على مكاتبه بقيمته يوم عتق، ويرجع المكاتب على سيده بما أداه، إنما كان كذلك لأنه قد استهلك عتق نفسه على بدل فاسد فصار كاستهلاك المشتري ما ابتاعه بعقد فاسد يلزمه قيمة ما استهلكه كذلك في الكتابة الفاسدة، وإذا كان كذلك نظر في القيمة، ومال الأداء، فإن كانا من جنسين لم يقعا قصاصاً وإن جاز أن يتناوبا.

وإن كانا من جنس واحد ففي وقوع القصاص بينهما أربعة أقاويل نص الشافعي على جميعها في هذا الكتاب.

أحدها: أنه يقع القصاص بينهما فيه، وإن لم يتراضيا به لعدم الفائدة في تقابضه فصار كمن مات وعليه دين لوارثه برئت منه ذمة الميت بانتقال التركة إلى الوارث، ولم يكن له بيعها في دينه لعدم الفائدة فيه، لانتقال العين إليه.

والقول الثاني: أنه يصير قصاصاً برضى أحدهما وإن لم يرض الآخر، لأن من

---

(١) سقط في ا.

عليه دين فله قضاؤه من أي ماله شاء وعلى كل واحد منهما دين لصاحبه فكان له قضاؤه من ماله، أو من دينه.

والقول الثالث: أنه يصير قصاصاً بتراضيهما، فإن أبى أحدهما لم يصر قصاصاً كالحوالة التي لا تتم إلا برضى المحيل والمحتال.

والقول الرابع: أنه لا يكون قصاصاً وإن تراضيا، لأنه يصير في معنى بيع الدين بالدين، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بَيْعِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ.

وكما لو تجانس الحقان وكانا من غير جنس الأثمان لم يقع القصاص كذلك إذا كانا من جنس الأثمان.

فإذا تقررت هذه الأقاويل فإن قلنا: يكون قصاصاً نظر في الحقين. فإن تساويا برىء كل واحد منهما من حق صاحبه وإن تفاضلا سقط الأقل من الأكثر ورُدَّ الفاضل. فإن كانت القيمة أكثر رجع السيد بالفاضل منها على مكاتبه، وإن كان الأداء أكثر رجع العبد بالفاضل منه على سيده.

وإن قلنا: لا يكون قصاصاً كان لكل واحد منهما مطالبة الآخر بما عليه، فإذا قبضه كان مخيراً في قضاء ما عليه من ذلك المال أو من غيره.

فإن قال كل واحد منهما: لا أدفع ما عليَّ حتى أقبض مالي كان لكل واحد منهما حبس ما لصاحبه على حقه، ولم يترجح أحدها في تقديم القبض، لاستوائهما في ثبوت الحقين في الذمتين. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَبْطَلَ السَّيِّدُ الْكِتَابَةَ وَأَشْهَدَ عَلَى إِبْطَالِهَا أَوْ أَبْطَلَهَا الحَاكِمُ ثُمَّ أَدَّاهَا العَبْدُ لَمْ يُعْتَقْ وَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذَا وَقَوْلُهُ إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ أَنَّ اليَمِينَ لاَ بَيْعَ فِيهَا بِحَالٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ وَالكِتَابَةُ كَالبَيْعِ الفَاسِدِ إِذَا فَاتَ رَدَّ قِيمَتَهُ».

قال الماوردي: وهذا فيما قدمناه في الأحكام الستة وقلنا: إن للسيد إبطال الكتابة الفاسدة حتى لا يعتق العبد فيها بالأداء وإن لم يكن له إبطال العتق بالصفة لما ذكرناه من الفرق بينهما. وإذا أراد السيد إبطال الكتابة الفاسدة، كان مخيراً بين إبطالها بنفسه وبين أن يرفعها إلى الحاكم، حتى يحكم بإبطالها، فإن أراد إبطالها بنفسه، جاز أن يبطلها بمشهد العبد وغيبته فيقول: قد أبطلت كتابة عبدي، أو نقضتها وفسختها بلفظ مسموع يشهد به على نفسه، وليست الشهادة شرطاً في إبطالها، لأنها وثيقة تراد لقطع التجاحد فإن نوى إبطالها لم تبطل، لأنه لا تأثير للنية في إثبات عقد، ولا في إبطاله، وإن رفعها إلى الحاكم لم يكن له إبطالها إلا بعد ثبات فسادها عنده، ومسألة

السيد له أن يبطلها عليه، فيجوز له حينئذ أن يحكم بإبطالها، ويقوم ذلك مقام إبطال السيد لها، فإن حكم الحاكم بفسادها لم يكن ذلك إبطالاً لها لفسادها قبل حكمه، وإبطالها هو الذي يرفع العتق فيها بالأداء، فإن كان المكاتب هو الذي سأل الحاكم أن يحكم ببطلانها لم يكن للحاكم إجابته إلى ذلك، لأنه حق يختص بالسيد لا يملكه المكاتب وإنما يملك الامتناع من الأداء.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ أَدَّى الفَاسِدَةَ إِلَى الوَارِثِ لَمْ يُعْتَقْ لأَنَّهُ لَيْسَ القَائِلُ إِنْ أَدَّيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ».

قال الماوردي: [وهذا مما دخل في الأحكام الستة، وقلنا: إن موت السيد يبطل الكتابة الفاسدة، وإن لم تبطل بموته الكتابة الصحيحة؟ فإن أدى العبد في الكتابة الفاسدة إلى الوارث لم يعتق][1]، وإن أدى في الكتابة الصحيحة إلى الوارث عتق لأمرين:

أحدهما: أنها إذا صحت غلب فيها حكم المعاوضة وعقد المعاوضة لا يبطل بالموت كالبيع والإجارة، وإذا فسدت غلب فيها العتق بالصفة، والعتق بالصفات يبطل بالموت.

كما لو قال لعبده: إذا دخلت الدار فأنت حر لم يعتق بدخولها بعد موته.

والثاني: أنها لازمة إذا صحت وما لزم من العقود لا يبطل بالموت فإذا فسدت لم يلزم، وما لا يلزم من العقود يبطل بالموت كالوكالة والمضاربة.

فصل: وإذا أخذ المكاتب سهم الرقاب في الزكاة فأداه في الكتابة الفاسدة نظر فإن أداه بعد إبطالها، بموته، أو بإبطاله لها في حياته استرجع سهم الرقاب من السيد لخروج هذا العبد منهم فلم يستحق سهمهم، وإن لم تبطل كتابته حتى أدى فيها سهم الرقاب، فإن لم يكن فيه وفاء يعتق به استرجع من السيد، وإن كان فيه وفاء يعتق به قال الشافعي في كتاب الأم: «استرجع من السيد ولم يعتق العبد به، لأن فسادها يخرجه من جملة الرقاب» وأرى أن لا يسترجع منه، لأنه يجري على فاسدها في ملك الاكتساب ووقوع العتق به حكم الصحة، كذلك في سهم الرقاب. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ لَمْ يَمُتِ السَّيِّدُ وَلَكِنَّهُ حُجِرَ عَلَيْهِ أَوْ غُلِبَ عَلَى عَقْلِهِ فَتَأَدَّاهَا مِنْهُ لَمْ يُعْتَقْ».

---

(١) ما بين المعكوفين سقط في آ.

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا كانت الكتابة فاسدة فجُنَّ السيد، أو حُجِر عليه بالسفه بطلت الكتابة ولم يقع العتق فيها بالأداء وإن لم تبطل الكتابة الصحيحة، لأن وقوع الحجر بالجنون والسفه يبطل ما لا يلزم من العقود كالوكالات، ولا يبطل بها ما لزم فيصير بطلان الكتابة الفاسدة واقعاً من ثلاثة أوجه:

أحدها: إبطال السيد لها والحاكم إن سأله.

والثاني: موت السيد.

والثالث: وقوع الحجر عليه بجنون أو سفه.

فإذا بطلت من أحد هذه الوجوه الثلاثة لم يقع العتق فيها بالأداء وكان العبد على رقه والمال المؤدى ملكاً لسيده.

فصل: وأما إذا قال السيد لعبده: إن أعطيتني ديناراً فأنت حر ثم جن السيد لم يبطل ما عقده من عتق عبده بالدينار، لأن هذا لازم ليس للسيد رفعه، فلذلك لم يبطل بالجنون، وجرى مجرى الكتابة الصحيحة في لزومه وبقائه، بعد الجنون على حكمه وخالف حكم الكتابة الفاسدة من هذا الوجه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ العَبْدُ مَخْبُولاً عُتِقَ بِأَدَاءِ الكِتَابَةِ وَلاَ يَرْجِعُ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِشَيْءٍ».

قال الماوردي: الكتابة الفاسدة لا تبطل بجنون العبد وإن بطلت بجنون السيد، فإذا جن أو حجر عليه لسنه كان حكم الكتابة باقياً يعتق بها بالأداء كالعتق بالصفة.

والفرق فيها بين جنونه، وجنون السيد من وجهين:

أحدهما: أن العبد لا يملك رفع الكتابة الفاسدة، وإن ملكه السيد فلذلك لا تبطل بجنون العبد وإن بطلت بجنون السيد.

والثاني: إن وقوع الحجر على السيد يمنع من جواز كتابته، فلذلك بطلت بوقوع الحجر عليه، وليس كذلك حال العبد، لأن حجر الرق لا يؤثر في كتابته، كذلك حدوث الحجر بجنون أو سفه، لا يوجب بطلان كتابته، وإذا لم تبطل بجنون العبد وسفهه فأداها السيد منه في حال جنونه عتق، فأمَّا التراجع بالقيمة بعد وقوع العتق فينقسم حال العبد المجنون في عتقه بالأداء ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكاتبه السيد كتابة صحيحة، ثم يجن العبد فيؤدي مال كتابته في حال جنونه، فهذا يعتق بالأداء عن كتابة صحيحة فلا تراجع بينهما، لأن المؤدي هو المستحق بالعقد.

والقسم الثاني: أن يكاتب السيد عبده في حال جنونه ويتأداها منه في حال جنونه. فهذا لا يعتق[١] بوجود الصفة ولا تراجع بينهما، لأن المجنون ليس من أهل المعاوضات ولا ممن يصح منه ضمان مال، فكانت الكتابة معه باطلة، فتجرد فيها العتق بالصفة المحضة، وسقط فيها حكم البدل.

وهذان القسمان لا اختلاف فيهما أن لا تراجع بين السيد وعبده بعد عتقه بأدائه.

والقسم الثالث: وهو مسطور المسألة ـ أن يكاتبه في حال الصحة كتابة فاسدة، ثم يُجَنُّ العبد، فيتأداها السيد منه في حال جنونه ويعتق بها على ما ذكرناه.

فقد نقل المزني هاهنا أنه لا يرجع أحدهما على صاحبه بشيء، ونقل الربيع في كتاب الأم أن السيد يرجع على عبده بعد إفاقته بقيمته، ويرجع العبد على سيده بما تأداه في حال جنونه، ويكون القصاص على ما قدمناه فاختلف أصحابنا في اختلاف هذين النقلين على ثلاثة طرق:

أحدها: أنه محمول على اختلاف قولين:

أحدهما: لا يتراجعان على ما نقله المزني، لأن ما استهلكه المجنون عن معاوضة فاسدة لم يضمنه كالمجنون، إذا اشترى وتسلم ما اشترى فاستهلكه لم يضمنه، ولو كان عاقلاً ضمنه فكذلك في الكتابة الفاسدة.

والقول الثاني: يتراجعان القيمة على ما نقله الربيع لوقوع العتق عن كتابة فاسدة، وجنونه في الأداء كالصحة في وقوع العتق فوجب أن يكون بمثابته في الغرم، فهذه طريقة المتقدمين من أصحابنا.

والطريقة الثانية: وهي طريقة أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة أن اختلاف النقلين محمول على اختلاف حالين، فنقل المزني أنهما لا يتراجعان محمول عليه إذا كان العبد مجنوناً في حال الكتابة على ما ذكرناه في القسم الثاني، ونقل الربيع في وجوب التراجع بينهما محمول على الكتابة الفاسدة إذا طرأ الجنون بعدها في حال الأداء.

والطريقة الثالثة: وهي طريقة أبي العباس بن سريج أن نقل الربيع. وهو الصحيح في وجوب التراجع ونقل المزني خطأ، لأنه زاد فيه لا سهواً منه.

(١) في ا العتق يقع.

وهذا التوهم من أبي العباس هو السهو، لأن وضع الكلام مبني على تصحيحه بإثبات لأنه قال: ولا يرجع أحدهما على صاحبه بشيء نفياً، لعموم الرجوع، ولو أراد إثبات الرجوع لقال: ويرجع السيد على مكاتبه بالقيمة فعلم فساد ما توهمه أبو العباس، وصحة ما نقله المزني لصحة نظم الكلام عليه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَتْ كِتَابَةً صَحِيحَةً فَمَاتَ السَّيِّدُ وَلَهُ وَارِثَانِ فَقَالَ أَحَدُهُمَا إِنَّ أَبَاهُ كَاتَبَهُ وَأَنْكَرَ الآخَرُ وَحَلَفَ مَا عَلِمَ أَنَّ أَبَاهُ كَاتَبَهُ كَانَ نِصْفُهُ مُكَاتَباً وَنِصْفُهُ مَمْلُوكاً يَخْدُمُ يَوْماً وَيُخَلَّى يَوْماً وَيَتَأَدَّى مِنْهُ المُقِرُّ نِصْفَ كُلِّ نَجْمٍ لاَ يَرْجِعُ بِهِ أَخُوهُ عَلَيْهِ وَإِنْ عُتِقَ لَمْ يُقَوَّمَ عَلَيْهِ لأَنَّهُ إِنَّمَا أَقَرَّ أَنَّهُ عُتِقَ بِشَيْءٍ فَعَلَهُ أَبُوهُ وَإِنْ عَجَزَ رَجَعَ رَقِيقاً بَيْنَهُمَا».

قال الماوردي: وصورتها في عبد مات سيده وخلف ابنين فادعى العبد أن أباهما كاتبه قبل موته على ما ذكره في نجوم وصفها، فلا يخلو حال الاثنين من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يصدقاه فيصير مكاتباً من أبيهما فإن أدى إليهما عتق، وكان ولاؤه للأب ينتقل إليهما بالإرث وإن عجز رق وصار عبداً لهما.

والحال الثانية: أن يكذباه فيكون القول قولهما بالله إنهما لا يعلمان أن أباهما كاتبه، لأنها يمين على نفي فعل الغير فكانت على العلم دون البت.

فإن نكلا عن اليمين ردت على المكاتب، وحلف على البت بالله لقد كاتبه أبوهما على ما ادعاه من المال والنجوم، وثبتت كتابته وإن نكل المكاتب كان على رقه.

والحال الثالثة: أن يصدقه أحدهما ويكذبه الآخر، فتصير حصة المصدق منه، وهي النصف مكاتباً ويحلف المكذّب على العلم، وتكون حصته وهي النصف رقاً، وإنما لزمت الكتابة في حصة المصدق بإقراره، لأنه أقر بحق عليه لم يكن له خيار فيه يستضر به ولا ينتفع فوجب أن يكون مأخوذاً به.

فإن قيل: فكيف تصح كتابة بعضه، وهو لو كان بين شريكين لم يكن لأحدهما مكاتبة حصته بغير إذن شريكه وفي جوازها بإذنه قولان فهلا كان كذلك في الإقرار.

قيل: لأن كتابة أحد الشريكين عن غير اختيار صاحبه قصد بها تبعيض أحكام العبد مع الضرر الداخل على شريكه فمنع، وليس كذلك في مسألتنا إذا صدق أحد الاثنين لأنه إقرار منه بواجب عليه لم يبتدىء فيه تبعيض الأحكام، وإدخال الضرر فكان إقراره ماضياً فإذا نفذ إقرار المصدق في حقه نظر فإن كان عدلاً جاز أن يشهد

على أخيه بالكتابة مع عدل آخر، لأنها شهادة لا يجر بها نفعاً ولا يدفع به عن نفسه ضررا فقبلت، ولا يجوز أن يحكم فيه بشاهد وامرأتين، ولا بشاهد ويمين، لأنها بينة يقصد بها العتق فلم تثبت إلا بشاهدين فإذا شهد الآخر مع غيره صارت حصة المكذب مكاتبة وكملت كتابة جميع العبد فيؤخذ بالأداء إليهما، وإن لم يكن المصدق عدلاً، أو كان عدلاً فلم يوجد غيره شاهداً حلف المكذب على حصته ورقت.

فصل: فإذا صار نصف العبد مكاتباً بإقرار المصدق، ونصفه مرقوقاً بيمين المكذب، ملك العبد نصف كسبه بما فيه من الكتابة وعليه نصف نفقته وملك المكذب نصف كسبه بما لَهُ فِيه من رقٍّ، وعليه نصف نفقته، ثم للمكذب والعبد ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يتفقا على المهايأة ليكتسب العبد لنفسه يوماً وعليه نفقته فيه، ويكتسب للمكذب يوماً وعليه نفقته فيه، فهذا جائز وينفرد كل واحد منهما بكسب يومه والتزام النفقة فيه.

والحال الثانية: أن يتفقا على الاشتراك في الكسب والتزام النفقة فيجوز ويكون النصف من كسب العبد لنفسه مع التزام النصف من نفقته والنصف الآخر للمكذب مع التزام النصف من النفقة.

والحال الثالثة: أن يدعو أحدهما إلى المهايأة ويمتنع الآخر منها فالقول فيها قول الممتنع، لأن حقه معجل في الكسب فلم يلزمه تأخيره بالمهايأة.

فصل: فإذا تقرر أمره في الكسب على ما وصفنا من مهايأة أو اشتراك لم يخلُ حاله من أحد أمرين:

إما أن يؤدي فيعتق أو يعجز فيرق.

فإن عجز ورق صار جميعه مرقوقاً، وما أخذه المصدق من أدائه الذي لم يعتق به يكون مختصاً به لا حَقَّ فيه لأخيه المكذب لأنه قد أخذ من ذلك الكسب ما قابل حقه، وإن أدى وعتق صار نصفه حُرًّا، ونصفه مملوكاً، ولا يُقَوَّمُ على المصدق، وإن كان موسراً، لأنه لم يستأنف العتق، وإنما التزم فعل غيره فيه فصار كعبد ادعى بعد موت سيده أنه أعتقه فصدقه أَحَدُ ابنيْه وكذبه الآخر عتقت حصة المصدق، ولم تقوم عليه حصة المكذب ثم الكلام بعد نفوذ العتق في نصفه يشتمل على فصلين:

أحدهما: في الولاء.

والثاني: في الميراث.

فأما الولاء في النصف الذي انعتق فيكون للأب، لأنه عتق عن كتابته، وهل ينفرد به المصدق، أو يكون بينهما على وجهين:

أحدهما: وهو الظاهر من قول أبي إسحاق المروزي أنه يكون بينهما، لأنه ولاء ملكه للأب فانتقل عنه فوجب أن يشترك فيه ابناه، ولا يختص به أحدهما كما لو تحرر عتق جميعه.

والوجه الثاني: وهو اختيار أبي حامد الإسفراييني أنه يختص المصدق بولاء النصف كله، لأن أخاه قد كان قادراً على أن يملك ولاء النصف الباقي لو صدق وقد صار إليه بالتكذيب رق باقيه فلم يملك الولاء في حق أخيه، وجرى مجرى أخوين حلف أحدهما على دين لأبيه مع شاهد أقامه ونكل الآخر، اختص الحالف منهما بالنصف الذي حلف عليه من الدين، ولم يشاركه الأخ فيه وإن كان شريكاً في تركة أبيه، لأنه قد كان قادراً على مثل ما صار إلى أخيه لو حلف.

وأما الميراث في موت هذا الذي قد عتق نصفه ورق نصفه ففيه قولان:

أحدهما: أنه لا يورث ما لم تكمل حريته، فعلى هذا يكون ملكاً للمكذب المالك لرق نصفه.

والقول الثاني: أنه يكون موروثاً بقدر حريته فيكون نصفه للمكذب ملكاً بحق الرق، والنصف المقابل لحريته لولده إن كان له، لأن النسب في الميراث مقدم على الولاء فإن لم يكن له وارث مناسب انتقل بالولاء إلى مالك الولاء، فإن جعلناه بين الأخوين المصدق منهما والمكذب كان ميراث النصف بينهما، لكون الولاء لهما واختص المكذب بالنصف الآخر ملكاً، وإن جعلناه للمصدق كان ميراث النصف له خاصة، وصار ما خلفه العبد بينهما شركة نصفه بالملك للمكذب ونصفه بالإرث للمصدق.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ وَرِثَا مُكَاتَباً فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ فَهُوَ بَرِيءٌ مِنْ نَصِيبِهِ مِنَ الكِتَابَةِ فَإِنْ أَدَّى إِلَى أَخِيْهِ نَصِيبَهُ عُتِقَ وَكَانَ الوَلَاءُ لِلأَبِ وَإِنْ عَجَزَ قُوِّمَ عَلَيْهِ وَعُتِقَ إِنْ كَانَ مُوسِراً وَوَلَاؤُهُ لَهُ وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً فَنِصْفُهُ حُرٌّ وَنِصْفُهُ رَقِيقٌ لأَخِيْهِ وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ يُعْتَقُ نِصْفُهُ عَجَزَ أَوْ لَمْ يَعْجَزْ وَوَلَاؤُهُ لِلأَبِ لأَنَّهُ الَّذِي عَقَدَ كِتَابَتَهُ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل كاتب عبده، ثم مات السيد قبل الأداء، وترك ابنين لم تبطل الكتابة بموته للزومها في حقه، وما لزم من العقود ولم يبطل بالموت كالبيوع.

وعلى المكاتب أن يؤدي مال الكتابة إلى الابنين، لقيامهما فيها مقام الأب، وليس لهما فسخها لأن ما لزم الأب كان لهما ألزم. فإن أدى المكاتب إليهما ما عليه عتق، وكان ولاؤه للأب ينتقل إليهما بالإرث وإن عَجَزَ واسترقاه كان مملوكاً لهما.

فأما إن أعتق أحدهما حصته، أو أبرأه من نصيبه عتق وبرىء وكان عتقه إبراء، وإبراؤه عتقاً لاقتران المال بالرق، فقام كل واحد من الإبـراء والعتق مقام صاحبه، وساواه في حكمه.

وقال أبو حنيفة: لا يعتق بالإبراء نصيب المبرىء ويكون باقياً على كتابته لأنهما معاً يقومان مقام الأب، وقد ثبت أن الأب لو أبرأه من نصف كتابته لم يعتق فكذلك إذا أبرأه أحدهما في نصيبه وهو النصف لم يعتق وهذا غير صحيح، لأنَ الابن قد أبرأه من جميع حقه فشابه الأب، إذا أبرأه من جميع كتابته وشابه إبراء الأب من بعض الكتابة أن يبرئه الابن من بعض نصيبه.

فصل: فإذا أعتق فبرىء أو أبرىء فعتق، ففي تقويم باقيه على معتقه ومبرئه إذا كان موسراً قولان نص الشافعي عليهما، ونقلهما المزني إلى جامعه الكبير:

أحدهما: لا تقوم عليه ويكون الباقي على كتابته، لأن عقد العتق كان من الأب، ولذلك كان ولاؤه له والوارث إنما ورث المال وإن جاز أن يصير مالكاً للرقبة بالعجز، فإذا أبرأ أو أعتق، كان ذلك منه تنفيذاً لعتق الأب، وتعجيلاً لما أخره فلم يقوَّم عليه لأن العتق منسوب إلى أبيه، ولم يقوم على الأب لزوال ملكه بالموت، فعلى هذا تعتق حصة المبرىء في حال الإبراء والعتق، ويكون نصفه الباقي على كتابته يؤديها إلى الأخ فإن أداها عتق نصفه الباقي وصار جميعه حراً وولاؤه للأب ينتقل إليهما بالإرث وإن عجز عن باقي كتابته، رق نصفه، وكان ملكاً للأخ، وكان ولاء نصفه المعتق للأب، وهل ينفرد به المعتق، أو يكون شركة بينهما ففيه وجهان مضيا:

أحدهما: يكون بينهما، لأنه منتقل عن الأب إرثاً فلم يجز أن ينفرد به أحدهما.

والوجه الثاني: أنه يكون للمعتق خاصة، لأن أخاه قد كان قادراً على ملك مثله لو عجل العتق، أو الإبراء فلما اختار رقه، لم يجز أن ينفرد بالرق ويشارك في الولاء.

والقول الثاني: نص عليه الشافعي في الأم والإمـلاء وأكثر كتبه أنه يقوَّم على المعتق باقيه، لأنه بتعجل العتق عادل عن عتق الأب فصار منسوباً إليه، فاقتضى أن يكون مأخوذاً بحكم سرايته لعتقه ويساره، فعلى هذا هل يتعجل بسراية عتقه في الحال، أو تكون موقوفة على العجز فيه قولان:

أحدهما: تتعجل السراية لطروئها على محل يسري فيه العتق، فصارت كالسراية في عتق أحد الشريكين.

والقول الثاني: أنها تكون موقوفة على عجز المكاتب، لأن حق الأب في عتقـه وملك ولائه أسبق فلم يجز إبطاله إلا بعد العجز عنه، فعلى هذا إذا قلنا بتعجيل السراية

أخذ المعتق بقيمة حصة أخيه في وقت عتقه، وبماذا يقع العتق في هذا النصف المقوّم على ثلاثة أقاويل:

أحدها: بلفظ المعتق، ويكون مأخوذاً بالقيمة بعد نفوذ العتق.

والقول الثاني: يقع باللفظ وأداء القيمة ويكون ذلك النصف قبل دفع قيمته على رقه.

والقول الثالث: أن عتقه يكون موقوفاً مراعى فإن دفعت القيمة بان أنه وقع بنفس اللفظ، وإن لم يدفعها بان أنه لم يعتق، وعلى أي الأقاويل عتق فولاء هذا النصف المقوّم يكون للمعتق خاصة، لأنه عتق بالتقويم عليه لا بالكتابة. فأما ولاء نصفه الذي أعتقه فللأب وهل ينفرد به المعتق، أو يكون شركة بين الأخوين على ما مضى من الوجهين؟ وإن قلنا: إن السراية موقوفة على العجز انتظر بها أداء المكاتب فإن أدى كتابة باقيه، عتق ولا تقويم فيه، وكان جميع ولائه للأب ينتقل إلى الأخوين نصفين، وإن عجز عن كتابة باقيه، قوّم حينئذ لوقته، ووقع العتق هاهنا باللفظ مع أداء القيمة قولاً واحداً، لأنه لما وقف بعد اللفظ امتنع أن يقع به، ولما وقف على أداء الكتابة دون القيمة، امتنع أن يكون مراعىً بدفع القيمة، وثبت أنه واقع بأدائها مع اللفظ المتقدم عليها. وإذا كان بذلك كان ولاء نصفه المقوم مختصاً به لا حق فيه لأخيه وفي ولاء ما باشره من العتق والإبراء وجهان على ما مضى. فيصير في أحد الوجهين مالكاً لجميع ولائه وفي الوجه الثاني مالكاً لثلاثة أرباعه إن باعه، وأخوه مالكاً لربعه. والله أعلم بالصواب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَالمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. لا يعتق المكاتب إلا بأداء جميع الكتابة وبه قال من الصحابة عمر وعثمان وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وعائشة وأم سلمة رضي الله عنهم.

ومن التابعين: سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز والحسن البصري وسليمان بن يسار ومجاهد والزهري.

ومن الفقهاء: مالك وأبو حنيفة وسفيان الثوري وأبو ثور وأحمد.

وحكي عن ابن عباس أنه قال: إذا كتبت صحيفة المكاتب عتق بها، وكان غريماً بما عليه.

وحكي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: إذا أدى قدر قيمته عتق وكان غريماً بما فضل عنها.

وحكي عن علي بن أبي طالب عليه السلام أنه قال: يعتق منه بقدر ما أدى ويرق منه بقدر ما بقي.

وحكي عن شريح أنه قال: إذا أدى ثلث كتابته، عتق وكان غريماً بالباقي.

وحكي عن عروة بن الزبير رضي الله عنه أنه قال: إذا أدى الشطر عتق، وكان غريماً بالباقي.

وقد يستدل لهم على اختلاف أقاويلهم بحديث عكرمة عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «يُؤَدَّى المُكَاتَبُ بِقَدْرِ مَا عُتِقَ مِنْهُ دِيَّةَ حُرٍّ وَبِقَدْرِ مَا رَقَ مِنْهُ دِيَّةَ عَبْدٍ». فدل على أن عتقه لا يقف على أداء جميع المال.

ودليلنا: حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «المُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْءٌ».

وهذا نص، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «أَيُّمَا عَبْدٍ كُوتِبَ عَلَى مائَةِ أُوْقِيَّةٍ فَأَدَّاهَا إلا عَشْرَةَ أَوَاقٍ فَهُوَ عَبْدٌ أَوْ قَالَ: كُوتِبَ عَلَى مائَةِ دِينَارٍ فَأَدَّاهَا إِلَّا عَشْرَةَ دَنَانِيْر فَهُوَ عَبْدٌ»[1] ولأن الكتابة لا تخلو إما أن يغلب فيها حكم المعاوضة، فتجري مجرى البيع، أو يغلب فيها حكم الصفة، فتجري مجرى العتق بالصفة فإن جرت مجرى البيع فالبيع لا يلزم إلَّا بتسليم جميع ثمنه وإن جرى مجرى العتق بالصفة لم تقع إلا بوجود جميع الصفة فبطل بهذا ما قالوه.

فأما حديث عكرمة مع ضعفه، فلا حجة فيه، لأنه جعل ديته بقدر ما عتق منه، فلم يكن فيه دليل على قدر ما يعتق منه، ويكون إن صح محمولاً على عتق أحد الابنين على ما مضى.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا أنه لا يعتق إلا بحميع الأداء فعقد السيد الكتابة على أنه كلما أدى منهما نجماً، عتق منه بقسطه كانت الكتابة فاسدة لاقترانها بشرطٍ ينافيها، فإن أدى المكاتب نجماً منها عتق منه بقسطه، لوجود الصفة فيه وسرى العتق إلى باقيه ورجع السيد إلى مكاتبه، وفيما يرجع به عليه وجهان:

أحدهما: يرجع عليه بجميع القيمة، لأن الكتابة أفضت إلى عتق جميعه، ورجع عليه بما أداه إليه.

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٢/ ١٧٨ وأبو داود ٤/ ٢٤٤ (٣٩٢٧) والترمذي ٣/ ٥٦١ (١٢٦٠) وابن ماجه ٢/ ٨٤٢ (٩/ ٢٥).

والوجه الثاني: يرجع عليه بقيمة البعض الذي عتق منه بالصفة ولا يرجع عليه بقيمة ما عتق بالسراية لاختصاص العتق في الكتابة بالصفة دون السراية.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ مَاتَ وَلَهُ مَالٌ حَاضِرٌ وَوَلَدٌ مَاتَ عَبْدَاً وَلاَ يُعْتَقُ بَعْدَ المَوْتِ».

قال الماوردي: وأصل هذه المسألة أن عقد الكتابة لازم من جهة المكاتب فإن أراد السيد الفسخ، لم يكن له ذلك إلا بالعجز كالبيع الذي لا يفسخ بعد لزومه إلاّ بعيب.

وإذا أراد المكاتب الفسخ لم يملكه ولكنه يملك الامتناع من الأداء حتى يستحق به السيد الفسخ.

وقال مالك وأبو حنيفة عقد الكتابة لازمة من جهة المكاتب كلزومها من جهة السيد ويجبر المكاتب على الأداء إذا وجد وفاء، وإن لم يجد فقد اختلفا في إجباره على الكسب، فقال مالك: يجبر عليه.

وقال أبو حنيفة: لا يجبر عليه.

واستدلّا على لزومه من جهة المكاتب بأمرين:

أحدهما: أن عقد المعاوضة إذا لزم من أحد طرفيه لزم من الطرف الآخر كالبيع.

والثاني: أن العوض إذا كان في مقابلة العتق لزم كما لو باع العبد على نفسه بألف لزمته الألف.

ودليلنا شيئان:

أحدهما: أن المال إذا لزم صح ضمانه، وضمان مال الكتابة عن المكاتب لا يصح فدل على أنه ليس بلازم.

والثاني: أن المال إذا كان في مقابلة العتق لم يلزمه بدله كما لو قال لعبده: إن دفعت إليَّ ألفاً فأنت حرٌّ لم يلزمه دفع الألف وأما استدلالهم بلزوم الثمن في البيع، فلأن جواز ضمانه دليل على لزومه، وضمان مال الكتابة لا يصح فدلّ على عدم لزومه.

وأما استدلالهم ببيع العبد على نفسه.

فالجواب عنه ما ذكرناه من جواز ضمانه. والله أعلم بالصواب.

فصل: فإذا ثبت ما ذكرنا ومات المكاتب قبل الأداء مات عبداً[سواء كان الباقي قليلاً أو كثيراً، ترك وفاءً أو لم يترك، خلف ولداً أو لم يخلف. وقال أبو حنيفة إن لم

يخلف وفاء مات عبداً، وإن خلف وفاءً عتق بآخر أجزاء حياته، ومات حرًا وقال مالك: إن لم يخلف ولداً مات عبداً][(١)].

وإن خلف ولداً مملوكاً ولد في كتابته من أمته أجبر على الأداء إن خلف وفاء، ليعتق بأدائه فيتبعه في عتقه، وإن لم يخلف وفاء أجبر على الكسب، ليؤديه فيعتق به تبعاً لأبيه.

ولو ترك المكاتب، ولدين أحدهما حر والآخر مملوك كان ميراثه لولده المملوك دون الحر ليؤديه في كتابة أبيه استدلالاً بأن ما لم ينفسخ من عقود المعاوضات بموت أحد المتعاقدين، لم ينفسخ بموت الآخر كالبيع، لأن من تمت به الكتابة لم ينفسخ بموته كالسيد.

ولأن مال الكتابة متعلق بذمته في حياته، فوجب أن يتعلق بتركته بعد وفاته كالدين.

ودليلنا: هو أن العتق والإبراء يقومان في عتق المكاتب مقام الأداء، فإذا لم يعتق بإبرائِهِ وعِتْقِهِ بعد الموت، فأولى أن لا يعتق بالأداء بعد الموت.

وتحريره قياساً أن ما عتق به المكاتب في حال الحياة لم يعتق به بعد الوفاة كالإبراء والعتق.

ولأن موت المكاتب قبل الأداء يقتضي أن يموت عبداً كالذي لم يخلف وفاء، ولا ولداً، ولأن عتقه بعد الموت لا يخلو إما أن يتعلق بآخر أجزاء حياته، أو يتعلق بالأداء بعد موته، فإن تعلق بآخر أجزاء حياته لم يجز، لأنه تحرير عتق قبل وجود الأداء، وهذا لا يجوز في حال الحياة فكان أولى أن لا يجوز بعد موته، وإن عتق بالأداء بعد الموت لم يجز، لأن من مات عبداً لم يعتق بعد موته كالعبد القن، وكما لو لم يلفظ سيده بالعتق.

فأما الجواب عن قياسهم على البيع: فهو أنه لما لم ينفسخ بعد الموت بالإعسار لم ينفسخ باليسار. ولما انفسخت الكتابة بموت المعسر انفسخت بموت الموسر.

وأما قياسهم على موت السيد مع افتراقهما بما ذكرنا في اللزوم فالجواب عنه أن السيد موروث فجاز أن يقوم وارثه مقامه في بقاء العقد في حقه والمكاتب غير موروث فانقطع بموته حكم ما لم يبرم من عقوده.

وأما استدلالهم بتعلقه في ذمته كالدين فالجواب عنه أن المكاتب لما لم يتعلق

(١) ما بين المعكوفين سقط في آ.

بتركته حق ورثته لم يتعلق به دين كتابته ألا ترى لو ترك أقل من الوفاء، لم يورث عنه، وصار إلى سيده ملكاً. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ جَاءَهُ بِالنَّجْمِ فَقَالَ السَّيِّدُ هُوَ حَرَامٌ أَجْبَرْتُ السَّيِّدَ عَلَى أَخْذِهِ أَوْ يُبْرِئَهُ مِنْهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا دفع المكاتب مال نجم من كتابته إلى سيده فقال السيد: هو حرام، لأنه من غصبٍ، أو ربا وقال المُكاتب بل هو مالي، وحلال لي. فالقول قول المكاتب مع يمينه دون السيد، لأن ظاهره يدل على ثبوت ملكه، ويحلف عليه لإمكان ما قاله السيد وهو في يمينه مخير بين أن يحلف بالله أن هذا المال ليس بحرام ولا مغصوب وبين أن يحلف أنه ملكه، فإذا حلف قيل للسيد إما أن تقبضه، أو تبرئه منه.

فإن قيل: أفليس المفلس إذا حلف على مال ادعاه فأكذبه فيه بعض غرمائه وحكم له بالمال فإنه يقسمه بين من صدقه من غرمائه ولم يكن لمن أكذبه فيه حق، لاعترافه بتحريمه فهلا كان سيد المكاتب كذلك.

قيل: الفرق بينهما أن المفلس لا يستضر بامتناع بعض غرمائه من أخذه، لأنه يقدر على دفعه إلى غيره والمكاتب يستضر بامتناع سيده من أخذه، لأنه لا يقدر على دفعه إلى غيره فلذلك أجبر السيد على أخذه، وإن لم يجبر غريم المفلس.

ومثال المكاتب من المفلس أن لا يكون له إلا غريم واحد قد اعترف بتحريمه فيجبر على أخذه، أو إبرائه، لأنه يستضر في الغريم الواحد بترك أخذه كالمكاتب فصارا سواء.

فصل: فإذا ثبت أن للسيد أن يجبر على أخذه فلا يخلو حاله فيه من ثلاثة أحوال: إما أن يأخذه وإما أن يبرئه، وإما أن يمتنع من الأخذ والإبـراء.

فإن أخذ منه المال برىء المكاتب منه، فإن كان من آخر نجومه عتق به وإن كان من تضاعيفها كان عتقه معلقاً بأداء ما بقي، فإذا صار المال في يد السيد نظر فيما ادعاه من تحريمه فإن لم يسم مستحقه كان مقراً في يده على مستحقه، ولا يجعل ملكاً له، وإن لم ينزع من يده.

وإن سمى مستحقه فقال: هو مغصوب من زيد لزمه بعد أخذه أن يرده على زيد، لاعترافه له بما صار في يده، ولأنه سمى فصار كرجل أقر بدار في يد أبيه أنها غصب، ثم مات أبوه فصارت الدار إليه، لزمه ردها على من اعترف بغصبها منه.

فإن قيل: أفليس لو رهن رجل عبداً فادعيت على العبد جناية صدق عليها

المرتهن وكذب الراهن، فأحلف الراهن عليها وبيع العبد، ثم دفع ثمنه إلى المرتهن لم يلزمه دفعه إلى من صدقه على دعوى الجناية، فهلا كان في سيد المكاتب كذلك: قيل: لأن حق المغصوب منه يتعين في مال الكتابة فلزم السيد رده عليه ولا يتعين في ثمن العبد الجاني فلم يلزم المرتهن رده عليه.

وإن لم يقبض السيد ذلك، ولكن أبرأ منه جاز أن يكون السيد شاهداً على مكاتبة بعضه، ولو لم يبرئه لم تجز شهادته عليه، لأنه يدفع بها قبل الإبراء ضرراً، ولا يدفع بها بعده ضرراً، وتجوز هذه الشهادة، إذا سمي المغصوب منه، ولا تجوز إن لم يسمه ولا يمنع المكاتب من التصرف فيه إذا لم تجز الشهادة، وإن لم يقبض السيد ذلك منه ولا أبرأه فللمكاتب أن يستعدي الحاكم على سيده حتى يأمره بأحد الأمرين من قبض أو إبراء. فإن أقام على امتناعه ناب الحاكم عنه في القبض دون الإبراء لأن الإبراء إسقاط والقبض استيفاء، فإذا قبضه الحاكم نظر فإن كان السيد قد سمى المغصوب منه سلمه الحاكم إليه إذا طالبه به، وإن لم يسمه استبقاه الحاكم في يده، أو في يد أمين من أمنائه، فإن جاء مدعيه ببينته أقامها على غصبه منه، أو على أنه ملك له سلمه إليه.

وإن جاء السيد مطالباً بإقراره في يده، لم يدفعه الحاكم إليه لأنه لو كان في قبضته لم ينتزعه منه إلا مالك، وإذا صار في يد الحاكم لم يدفعه إلّا إلى مالك وقد أقر أنه لا ملك له فيه فأخذ بإقراره في حق نفسه، وإن لم يؤخذ به في حق غيره.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ إِلاَّ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح وليس للمكاتب أن يتزوج بغير إذن سيده وقال ابن أبي ليلى: إن شرط السيد على مكاتبه أن لا يتزوج إلا بأمره، وجب أن يستأمره، وإن لم يشترطه جاز له أن يتزوج بغير أمره، وهذا خطأ، لأن النبي ﷺ قال: «إيّما عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوَالِيْهِ فَهُوَ عَاهِرٌ» والمكاتب عبد، ولأن التزويج استهلاك مال بالتزام المهر والنفقة، والمكاتب ممنوع من ذلك، فإن أذن له السيد في التزويج جاز قولاً واحداً. ولو أرادت المكاتبة أن تخالع زوجها بغير إذن السيد لم يجز لما فيه من استهلاك المال، فإن أذن لها السيد في الخلع، ففي جوازه قولان:

أحدهما: يجوز، لأن الحق في المال الذي بيدها، لا يعدوها.

فعلى هذا يستوي حكم النكاح والخلع في جوازهما بإذن السيد.

والقول الثاني: أن الخلع لا يجوز، وإن أذن السيد فيه لضعف إذنه معها.

فعلى هذا يكون الفرق بين الخلع والنكاح، أن المكاتب قد يكون مضطراً إلى النكاح، فجاز والمكاتبة غير مضطرة إلى الخلع فلم يجز.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا يَتَسَرَّى بِحَالٍ».

قال الماوردي: يجوز أن يشتري المكاتب الإماء للتجارة واكتساب الربح، لأن التجارة فيهن جائزة.

فإذا اشترى أمة لم يكن له أن يتسرَّى بها، ويستمتع بإصابتها بغير إذن السيد، لضعف حكمه وقصور تصرفه، فإن أذن له السيد في إصابتها والتسرِّي بها كان مبنياً على اختلاف قولي الشافعي في العبد، هل يَمْلِكُ إذ مُلِّكَ، أم لا؟ فعلى قوله في الجديد أنه لا يملك، وإن مُلِّك فليس له أن يتسرى، وإن أذن له السيد، لأن التسري إنما يصح في ملك، وليس المكاتب مالكاً.

وعلى قوله في القديم، أن العبد يُمَلَّكُ إذا مُلِّكَ، فيجوز تسريه بإذن سيده قولاً واحداً، كالنكاح، لأنه ربما دعت الضرورة إليهما فاستويا.

ومن أصحابنا من خرج في جوازهما بإذن السيد قولين كالهبة، وليس هذا التخريج صحيحاً، لأمرين:

أحدهما: أن الهبة استهلاك ملك عاجل، والنكاح والتسري قد يفضي إلى الاستهلاك ولا يفضي.

والثاني: أن الضرورة مفقودة في الهبة، وقد توجد في التسري والنكاح.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ وَلَدَتْ مِنْهُ بَعْدَ عِتْقِهِ بِسِتَّةِ أَشْهُرٍ كَانَتْ فِي حُكْمِ أُمِّ وَلَدِهِ وَإِنْ وَضَعَتْ لِأَقَلَّ فَلَا تَكُونُ أُمَّ وَلَدٍ إِلَّا بِوَطْءٍ بَعْدَ العِتْقِ وَلَهُ بَيْعُهَا».

قال الماوردي: إذا وطىء المكاتب أَمة، قد اشتراها في كتابته، فلا حد عليه في وطئها، ولا مهرٌ، سواء جوز له ذلك أو منع منه، أما سقوط الحد فلوجود الشبهة في تردده بين أن يكون مالكاً أو غير مالك، وأما سقوط المهر فلأن مهرها من كسبه، فلم يجب له على نفسه مهر، فإن أحبلها وجاءت بولد فهو لاحق به، لأنه من ملك أو شبهة ملك، وهو مملوك لأنه من بين مملوكين، ولا يملكه السيد لزوال ملكه عن أبويه، ولا يعتق على الأب بالملك لبقاء الأب على رقه، وليس للأب بيعه لحرمة نسبه، ويكون تبعاً له في الكتابة يعتق بعتقه، ويرق برقه، وهل تصير به أُمَّ ولد أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا تصير به أم ولد، لأنها علقت به وهو مملوك، فلم تنتشر حرمته إليها، فعلى هذا يجوز له بيعها في كتابته وبعد عتقه.

والقول الثاني: أنها قد صارت به أم ولد له، لأن لولدها في الحال حرمة تمنع من

جواز بيعه، فانتشرت حرمته إليها في المنع من بيعها، فعلى هذا يوقف أمرها على عتقه ورقّه.

فإن عتق حرم بيعها، وإن عجز ورق صارت هي وولدها ملكاً للسيد، تبعاً لرق المكاتب، وله بيع جميعهم، هذا إذا كان وضعها للولد قبل عتق المكاتب.

فأما إذا وضعت ولداً بعد عتق المكاتب، فلا يخلو أن تضعه لأقل من ستة أشهر أو لستة أشهر فأكثر، فإن وضعته لأقل من ستة أشهر فهو مملوك في حال العلوق وحرٌّ في وقت الولادة، فعليه الولاء لأبيه لعتق الولد بعد رقه، وهل تصير له أم ولد أم لا؟ على ما مضى من القولين.

وإن وضعت لستة أشهر فصاعداً كان حر الأصل، لأنه يجوز أن يكون علوقه متقدماً في الرق، ويجوز أن يكون حادثاً بعد العتق، ونحن على يقين من حدوثه، وفي شك من تقدمه، فوجب أن يتعلق عليه حكم اليقين دون الشك. فعلى هذا لا يكون عليه ولاء، لأنه لم يجر عليه رق، وتكون أمه أم ولد قولاً واحداً، لأنها علقت بحر، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَيُجْبَرُ السَّيِّدُ عَلَى أَنْ يَضَعَ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْئاً لِقَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ ﴿**وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ**﴾ وَهَذَا عِنْدِي مِثْلُ قَوْلِهِ ﴿**وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالمَعْرُوفِ**﴾ وَاحْتَجَّ بِابْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَاتَبَ عَبْداً لَهُ بِخَمْسَةٍ وَثَلَاثِيْنَ أَلْفاً وَوَضَعَ عَنْهُ خَمْسَةَ آلَافٍ أَحْسَبُهُ قَالَ مِنْ آخِرِ نُجُومِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، يجب علي سيد المكاتب أن يضع عنه من كتابته شيئاً، إما إبراء منه أو رداً عليه مما أخذ منه، تخفيفاً عنه ومعونة له، فإن فعله طوعاً وإلا أخذ به جبراً، وهو قول أكثر الصحابة والتابعين والفقهاء.

وقال أبو حنيفة ومالك: يستحب ذلك، ولا يجب احتجاجاً بقول النبي ﷺ: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ». ولو كان الإيتاء واجباً لعتق مع بقاء ذلك الدرهم، فدل على بطلانه.

ولأن المكاتبة معاوضة، فإذا لم يستحق أحدهما على الآخر شيئاً غير مشروط لم يستحقه الآخر كالبيع طرداً لا يستحق أحدهما على صاحبه، إلا ما شرطه البائع من الثمن، وشرطه المشتري من المثمن، وكالنكاح عكساً، لما استحقت الزوجة فيه ما لم يشترطه من المتعة استحق الزوج فيه ما لم يشترطه، من نصف المهر بالطلاق وقبل الدخول.

قالوا: ولأنه لو وجب بالشرع لتقدر به كالزكاة، فدل ترك تقديره على عدم وجوبه. ولأن وجوبه يفضي إلى جهالة الباقي، فتصير الكتابة بمجهول. والعوض المجهول تبطل به الكتابة ويمنع منه الشرع فلم يجز أن يجب في الشرع، ولأن وجوبه معتبر بصفة العتق، لأنه إذا كاتبه على ألف إذا أدى آخرها فهو حر، فإذا أسقط عنه قدر الإيتاء لم تكمل الصفة، ولم يقع العتق.

والدليل على وجوب الإيتاء قول الله تعالى: ﴿وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ [النور: ٣٣] فَأَمَر بالإيتاء، وظاهر الأمر محمول على الوجوب.

فإن قيل: الأمر بالإيتاء مقترن بالأمر بالكتابة، ثم كان الأمر بالكتابة محمولاً على الاستحباب دون الوجوب، كذلك الأمر بالإيتاء يجب أن يكون محمولاً على الاستحباب دون الوجوب.

قيل: قد كان ظاهر الأمر يقتضي الوجوب فيها، لكن قام الدليل على استحباب الكتابة، وبقي الوجوب على ظاهره في الإيتاء.

فإن قيل: فيحمل وجوب الإيتاء على ما يعطونه من سهم الرقاب في الزكاة، لأن الله تعالى قد جعل لهم فيها سهماً.

قيل: لا يصح حمل هذا الإيتاء على سهمهم في الزكاة من ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لما كان قوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ [النور: ٣٣] محمولاً على شهادة العبد، وعطف عليه بقوله: ﴿وَآتُوهُمْ﴾ [النور: ٣٣] وجب أن يكون عائداً إلى ساداتهم، ليكون إرسال الخطاب في الآخر عائداً إلى من أريد بالأول، ولا يكون عائداً إلى غير مذكور. وإذا عاد إلى سادة العبيد، لم يجز أن يحمل على الزكاة، لأن السيد لا يجوز أن يدفع زكاته إلى عبده، فلم يبق إلا أن يراد به من مال الكتابة.

والثاني: أن سهمهم في الزكاة مستفاد من آية أخرى، فكان حمله على حكم آخر أولى.

والثالث: أن الله تعالى أمر بالإيتاء من مال أضافه إلى نفسه. ولا يضيف إلى نفسه، وإن كان جميع الأموال له إلا لتشريف المال واستطابته، والزكوات هي أوساخ الذنوب فكان حمله على غيرها أولى.

وروى عطاء بن السائب عن أبي عبد الرحمن السلمي، عن علي بن أبي طالب عن النبي ﷺ في قوله تعالى: ﴿وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ [النور: ٣٣] أن يحط عنه ربع الكتابة وهذا تفسير ودليل.

ولأنه قول عمر وعلي وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وليس يعرف لهم مخالف، فكان إجماعاً.

ولأنه نوع معاوضة يستحق أحدهما فيه على صاحبه حقاً غير مشروط [فوجب أن يستحق الآخر فيه حقاً غير مشروط][1] كالذي ذكروه من النكاح والذي يستحق السيد بغير شرط الولاء فيقتضي أن يستحق عليه مثله، وهو الإيتاء.

وفي هذا انفصال عن قياسهم، ولا يدخل عليه إذا باع عبده على نفسه بألف في ثبوت الولاء له بغير شرط وإن لم يستحق العبد مثله، لأن وصف العلة أنه نوع معاوضة، وهو العتق بالعوض، وهذا الحكم ثابت في النوع، وإن شذ عن بعضه، وهذا التعليل مستمر في العقود طرداً في النكاح، وعكساً في البيوع، ولأن الله تعالى أوجب معونة المكاتبين على غير ساداتهم من زكوات الأموال، فكان وجوب معونتهم على ساداتهم أولى، ولا يجوز صرف زكاتهم إليهم، فانصرف الوجوب إلى غير زكاتهم.

وأما الاستدلال بالخبر فلا يصح، لأننا نقول مع وجوب الإيتاء أنه عبد ما بقي عليه درهم، ولا نجعل الدرهم الباقي قصاصاً من الإيتاء لأن القصاص إنما يكون مع تساوي الحقين في الجنس والعلم بالمقدار، ومقدار الإيتاء مجهول، فلم يجز أن يكون قصاصاً من معلوم.

وأما قولهم: لو كان واجباً بالشرع لتقدر به ففاسد، لأنه قد يجب بالشرع ما يتقدر بالاجتهاد كالمتعة والنفقة، فكذلك الإيتاء. وأما قولهم: إنه يؤدي إلى جهالة في العوض، فعنه جوابان:

أحدهما: أنه ليس يتعين الإيتاء من مال الكتابة، وللسيد أن يدفعه من أي أمواله شاء، فلم يؤد إلى الجهالة.

والثاني: أن الجهالة في العوض تمنع صحة العقد إذا تضمنها العقد، ولا تمنع من صحته إن طرأت بعد العقد، كما لو ظهر المشتري على عيب وأرشه مجهول، وهو محطوط من أصل الثمن، ولا يوجب فساد العقد، وإن أدى إلى جهالة الثمن، لحدوثه بعد صحة العقد، كذلك الإيتاء في الكتابة.

وأما قولهم: إن هذا يؤدي إلى إبطال الصفة ويغير حكمها فليس بصحيح لأن جميع المال يؤدى مع وجوب الإيتاء، ويكون رداً أو إبراء.

فصل: فإذا ثبت وجوب الإيتاء توجه الكلام بعده في ثلاثة فصول:

(١) ما بين المعكوفين سقط في آ.

أحدها: في جنس الإيتاء.

والثاني: في قدره.

والثالث: في وقته.

فأما جنسه: فهو ما كاتبه عليه من مال، فإن كاتبه على دراهم لم يجز أن يؤتيه دنانير، ولا عرضاً ولو كاتبه على دنانير لم يجز أن يؤتيه دراهم ولا عرضاً، حتى يكون الإيتاء من كتابة الدراهم دراهم، ومن كتابة الدنانير دنانير، لقول الله تعالى: ﴿**وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ**﴾ [النور: ٣٣] فإن تراضيا أن يؤتيه عن كتابة الدراهم دنانير أو عرضاً، أو عن كتابة الدنانير دراهم أو عرضاً، جاز، كالثمن في البيع إذا كان دراهم، فهي المستحقة فإن تراضيا على أن يأخذ بها دنانير أو عرضاً جاز، وإذا ثبت أن الإيتاء مستحق من جنس مال الكتابة، فهل يتعين الحق في المال المأخوذ منه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يتعين في ذلك المال، ويجوز للسيد إذا أخذ منه دراهم أن يعطيه منها إن شاء، أو يعطيه مثلها من غيرها، كالزكاة يكون مخيراً في إخراجها من عين المال المزكى، أو من مثله من غيره.

والوجه الثاني: وهو الظاهر من مذهب الشافعي أن حقه معين في المال المأخوذ منه لقول الله تعالى: ﴿**وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ**﴾ [النور: ٣٣] معناه: الذي آتاكم مكاتبوكم.

والفرق بينه وبين الزكاة، أن الإيتاء حطيطة، والحطيطة لا تكون إلا من عين المال، والزكاة معونة يستوي فيها عين المال ومثله، فلو تراضيا على أن يكون الإيتاء من غيره جاز، لأنه لما جاز أن يتراضيا بغير الجنس، جاز أن يتراضيا به من غير العين.

فصل: وأما القدر: فقد حكي عن علي عليه السلام أنه قدره بالربع ورواه مرفوعاً، ومذهب الشافعي أنه غير مقدر بالشرع، وفيه وجهان:

أحدهما: أنه معتبر بما انطلق عليه اسم الإيتاء، من قليل أو كثير، حتى لو أعطاه درهماً من الورق أجزأ، وهو الظاهر من مذهب الشافعي لأنه ما لم يتقدر بشرع ولا عرف اعتبر فيه ما ينطلق عليه الاسم.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المَرْوَزِيّ، أنه يتقدر بالاجتهاد من مثل تلك الكتابة، كالمتعة التي روعي فيها عند إطلاقها متعة المثل، اعتباراً بحال الزوجين، ولم يراع فيها ما انطلق عليه الاسم، كذلك هاهنا، لأن ما انطلق عليه الاسم قليل لا يؤثر على المكاتب في معونته.

وإذا كان كذلك اعتبر بثلاثة أمور:

أحدها: كثرة مال الكتابة وقلته، فيكون ما يعطى من الكثير وأكثر من القليل أقل.

والثاني: قوة المكاتب وضعفه، فيعطى الضعيف الكسب أكثر، والقوي الكسب أقل.

والثالث: يسار السيد وإعساره، فيعطيه الموسر أكثر، والمعسر أقل، فيعتبر في الاجتهاد بهذه الثلاثة فما أدى الاجتهاد إليه، من قدر، فهو المستحق في الإيتاء، إلا أن يتفقا فيه على زيادة أو نقصان، فيمضي على اتفاقهما فيما قل أو كثر.

فإن اختلفا فيه قَدَّره الحاكم باجتهاده، وكان ما أداه اجتهاده إليه هو القدر المستحق.

فصل: فأما الوقت: فله وقتان: وقت جواز ووقت وجوب.

فأما وقت الجواز: فمن وقت عقد الكتابة إلى ما بعد العتق فيها. فأما ما تقدم من العقد، فلا يجزىء ما تقدمه فيه، لأنه لم يوجد لها سبب يتعلق به التعجيل.

فأما وقت الوجوب: ففيه وجهان:

أحدهما: بعد العتق، كالمتعة التي تستحق بعد الطلاق، وليكون معاناً في وقت لا حجر عليه فيما يعطى.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المَرْوَزِيّ، أنه يجب قبل العتق، ويتعين وجوبه في آخر نجم، لأن الإيتاء معونة على العتق، فلم يستحق بعد العتق، ولأنه معان بمالين: زكاة وإيتاء، وكانت الزكاة قبل العتق، فكذلك الإيتاء.

فإذا تقرر ما ذكرنا فالسيد ما كان مالُ الكتابة باقياً مُخَيَّرٌ بين حالين: بين أن يدفع مال الإيتاء نقداً وبين أن يبرىء المكاتب منه، فإن أبرأه لم يكن للمكاتب أن يطلبه نقداً، وإن أعطاه نقداً وطلب المكاتب الإبراء، فقول المكاتب أولى، لأنه يريد تعجيل ما عليه بالإبراء.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ مَاتَ السَّيِّدُ وَقَدْ قَبَضَ جَمِيعَ الكِتَابَةِ حَاصَّ المكاتب بِالَّذِي لَهُ أَهْلَ الدَّيْنِ وَالوَصَايَا (قَالَ المُزَنِيُّ) يلزَمُهُ أَنْ يُقَدِّمَهُ عَلَى الوَصَايَا عَلَى أَصْلِ قَوْلِهِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن الإيتاء واجب كالدين. فإذا أمكن أن يؤخذ من السيد

أخذ به جبراً، وإن تعذر أخذه من السيد حتى يعتق به، فأما تعذره منه فيكون من أحد وجهين: إما تفليس، أو موت.

فإن أفلس السيد وله غرماء، وحضر المكاتب بعد عتقه مطالباً بالإيتاء نظر، فإن كان مال الكتابة أو قدر الإيتاء منه موجوداً في يد السيد، فالمكاتب مقدم به على جميع الغرماء، لأنه عين ماله فكان أحق به منهم كالبائع إذا وجد عين ماله قبل قبض ثمنه، وإن لم يوجد في يده من مال الكتابة شيء، فالمكاتب أسوة الغرماء في الموجود من مال السيد.

فصل: وإن مات السيد وحضر المكاتب مطالباً يقدم حقه على الورثة. ثم نقل المزني في هذا الموضع، فقال: «حاص المكاتب بالذي له أهل الدين والوصايا»، فاعترض على قوله بأن قال: «الإيتاء واجب، فينبغي أن يحاص به أهل الدين، ويتقدم به أهل الوصايا».

وأجاب أصحابنا عن هذا الاعتراض بأربعة أوجه:

أحدها: أن المراد به أن المكاتب يتقدم به على الورثة كأهل الدين والوصايا، ثم يحاص به أهل الدَّين، ويتقدم به على أهل الوصايا لأنه دين فكان مضموماً إلى الدَّين.

والثاني: أنه محمول على الوصايا بالدَّين، لأن الدين يثبت بعضه بالبينة، وبعضه بالوصية، فصارت الوصايا والدين سواء، فلذلك وجب أن يحاص المكاتب أهل الدَّين والوصايا.

ولو كانت الوصايا بالعطايا لتقدم بها عليهم.

والثالث: أنه محمول على أن السيد وصى له بأكثر من حقه فيحاص أهل الدين بالواجب، وأهل الوصايا بالفاضل.

والرابع: أن المكاتب يحاص أهل الوصايا بجميع الإيتاء، لضعفه عن الديون المستقرة من وجهين:

أحدهما: حصول الخلاف في استحقاقه.

والثاني: الجهالة بقدره، فلم يجز أن يساوي ما اتفق على استحقاقه وقدره.

والقول بهذا الوجه تعليلاً بهذين الأمرين فاسد، لأننا قد حكمنا باستحقاقه وقدره.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَيْسَ لِوَلِيِّ اليَتِيمِ أَنْ يُكَاتِبَ عَبْدَهُ بِحَالٍ لأَنَّهُ لاَ نَظَرَ فِي ذَلِكَ».

قال الماوردي: وقال أبو حنيفة: يجوز لولي اليتيم أن يكاتب عبده إذا كانت الكتابة بأكثر من قيمته، ليستفيد الزيادة عليها، كما يجوز له بيعه بأكثر من قيمته، وهذا فاسد، لأن المندوب إلى الكتابة هو المندوب إلى العتق فلما لم يجز للولي أن يعتق لم يجز أن يكاتب ولأنه يؤدي مال الكتابة من أكسابه واليتيم يملكها بغير الكتابة فلم يجز أن يستهلك رقه بالكتابة.

فأما بيعه بأكثر من قيمته فإنما جاز للولي أن يفعله، لأن هذه الزيادة لا تستفاد بغير البيع، فجاز أن يستفيدها له بالبيع، وليس كذلك الكتابة، لأن زيادة أكسابه تملك عليه بغير الكتابة.

فإن قيل: فقد يملك المكاتب في حال كتابته، من سهم الزكاة ما لا يملكه في رقه، فاستفاد بالكتابة ما لم يملكه مع الرق.

قيل: هذا مظنون، وليس من أكسابه اللازمة، وقد يجوز أن يكون ولا يكون، فلم يجز أن يستهلك رقه بالمظنون فعلى هذا لو كاتبه الولي كانت كتابته باطلة لا يعتق فيها بالأداء، سواء أداها إلى الولي أو إلى اليتيم بعد بلوغه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوِ اخْتَلَفَ السَّيِّدُ وَالمُكَاتَبُ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا اختلفا في صفة الكتابة مع اتفاقهما على العقد واختلافهما فيه، قد يكون من أربعة أوجه: إما في قدر المال: فيقول المكاتب على ألف، ويقول السيد: على ألفين أو يختلفان في صفته فيقول المكاتب: على دراهم سود، ويقول السيد: على دراهم بيض.

أو يختلفان في الأجل فيقول السيد إلى ستة، ويقول المكاتب: إلى سنتين.

أو يختلفـان في عدد النجوم، فيقول السيد: الأجل سنة قد اتفقنا عليها أنها في نجمين. ويقول المكاتب في أربعة أنجم فيكون اختلافهما في صفة الكتابة من هذه الأوجه الأربعة سواء في الحكم، فإن كانت لأحدهما بينة عمل عليها والبينة شاهدان، أو شاهد وامرأتان، أو شاهد ويمين، لأنها في حقوق الأموال، وإن لم يكن لواحد منهما بينة تحالفا، كما يتحالف المتبايعان إذا اختلفا.

فإن حلف أحدهما، ونكل الآخر قضي بقول الحالف منهما على الناكل، فإن حلفا معاً لم يخل أن يكون ذلك قبل العتق أو بعده، فإن كان قبل العتق وقع الفسخ بينهما، وفيما يقع به الفسخ وجهان:

أحدهما: بنفس التحالف.

والثاني: بفسخ الحاكم كما قلنا في تحالف المتبايعين، ويعود المكاتب بعد الفسخ عبداً، وقد ملك السيد ما أخذه منه في الأداء وإن كان تحالفهما بعد العتق وانفسخت الكتابة تراجعا، فيرجع السيد على مكاتبه بقيمته، ويرجع المكاتب على السيد بما أداه إليه، وهو معنى قول الشافعي: تحالفا فترادّا كما يترادُّ المتبايعان بعد التحالف عند تلف المبيع.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ مَاتَ العَبْدُ فَقَالَ سَيِّدُهُ قَدْ أَدَّى إِلَيَّ كِتَابَتَهُ وَجَرَّ إِلَيَّ وَلاَءَ وَلَدِهِ مِنْ حُرَّةٍ وَأَنْكَرَ مَوَالِيَ الحُرَّةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَوَالِي الحُرَّةِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا تزوج المكاتب بحرة فأولدها كان أولاده منها أحراراً تبعاً لأمهم، فإن كانت حدّة الأصل لا ولاء عليها ولا على أولادها بحال، وإن كان على الحرة ولاء لمعتق، فعلى الأولاء ولاء لمعتق الأم.

فإن عتق الأب بالأداء جر ولاء أولاده من معتق أمهم إلى معتقه، فإن اختلف مولاه ومولى الأم، فقال مولى المكاتب: قد عتق بالأداء وجر إليَّ ولاء أولاده. وقال مولى الأم: لم يعتق وولاء أولاده لي نظر، فإن كان المكاتب حياً فقد عتق بإقرار سيده بعتقه، وانجر الولاء عن معتق الأم إلى معتقه، ولا يمين عليه ولا على سيده.

وإن كان المكاتب قد مات، واختلف السيد ومولى الأم بعد موته، فإن قامت بما ادعاه سيد المكاتب بينة عمل عليها، وانجر بها الولاء عن معتق الأم إليه والبينة شاهدان، أو شاهد وامرأتان، أو شاهد ويمين، لأنها بينة على مال وإن لم يكن له بينة، فالقول قول مولى الأم مع يمينه، وولاء الأولاد له، ولا تقبل دعوى سيد المكاتب في عتقه بعد موته؛ لأنها حال لا ينفذ فيها عتقه، ونحن على يقين من رق المكاتب، وثبوت الولاء لمعتق الأم، فلم ينتقل عنها بشك محتمل.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ قَدِ اسْتَوْفَيْتُ مَالِي عَلَى أَحَدِ مُكَاتَبَيَّ أُقْرِعَ بينهما فَأَيُّهُمَا خَرَجَ لَهُ العِتْقُ عُتِقَ وَالآخَرُ عَلَى نُجُومِهِ وَالمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ دِرْهَمٌ فَإِنْ مَاتَ وَعِنْدَهُ وَفَاءٌ فَهُوَ وَمَالُهُ لِسَيِّدِهِ وَكَيْفَ يَمُوتُ عَبْداً ثُمَّ يَصِيرُ بِالأَدَاءِ بَعْدَ المَوْتِ حُرًّا وَإِذَا كَانَ لاَ يُعْتَقُ فِي حَيَاتِهِ إِلاَّ بَعْدَ الأَدَاءِ فَكَيْفَ يَصِحُّ عِتْقُهُ إِذَا مَاتَ قَبْلَ الأَدَاءِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل كاتب عبدين، ثم أقر بعد الكتابة أنه استوفى

ما على أحدهما، أخذ بالبيان، فإن بين أحدهما وعين عليه عتق وكان الاخر على كتابته.

فإن ادعى الآخر أنه هو الذي أدى فعتق حلف له السيد، وكان على كتابته إلا أن يقيم بينة بشاهدين أو شاهد وامرأتين، أو شاهد ويمين، فيعتق بالبينة، ويعتق الأول بالإقرار، وإن قال السيد: قد أشكل علي الذي أدى، ولست أعرفه بعينه، حلف لهما إذا تداعياه، ولا يجوز أن يقرع بينهما مع بقائه، لجواز أن يتذكر بعد نسيانه، ثم فيهما بعد يمينه وجهان:

أحدهما: أنه يكون كل واحد منهما على كتابته، ولا يعتق واحد منهما إلا بأداء جميعها، وقد حكي هذا الوجه عن الشافعي، لأن كل واحد منهما لم يستقر له الأداء.

والوجه الثاني: أن الدعوى ترد على المكاتبين حتى يتحالفا على الأداء، فإن حلفا أو نكلا كانا على الكتابة لا يعتقان إلا بالأداء، وإن حلف أحدهما، ونكل الآخر قضى بالأداء للحالف منهما دون الناكل وعتق، وكان الناكل على كتابته.

فصل: ولو مات السيد قبل بيانه، ففيه قولان:

أحدهما: وهو المنصوص عليه في هذا الموضوع، والمعوَّل عليه عند جمهور أصحابنا أنه يقرع بين المكاتبين، لأن إقراره تضمن عتق أحدهما، والعتق إذا أشكل تميز بالقرعة، فإذا قرع أحدهما عتق، وكان الآخر على كتابته يعتق بأدائها إلى ورثة سيده، فإن ادعى أنه هو المؤدى حلف له الورثة على العلم بالله، أنهم لا يعلمون أن أباهم تأدّاها منه.

والقول الثاني: أنه لا قرعة بينهما، لأنه اختلاف في أداء وإبراء، لا مدخل للقرعة في واحد منهما، كما لو كان في غير الكتابة من الديون.

فعلى هذا يرجع فيهما إلى بيان الورثة وعتق من عينوه، وحلفوا للآخر إن ادعاه، وإن أشكل على الورثة كان كإشكاله على السيد في حياته، فيكون على ما مضى من الوجهين. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَدَّى كِتَابَتَهُ فَعُتِقَ وَكَانَتْ عَرَضاً فَأَصَابَ بِهِ السَّيِّدُ عَيْباً رَدَّهُ وَرَدَّ العِتْقَ (قال) وَلَوْ فَاتَ المَعِيبُ قِيلَ لَهُ إِنْ جِئْتَ بِنُقْصَانِ العَيْبِ وَإِلَّا فَلِسَيِّدِكَ تَعْجِيزُكَ كَمَا لَوْ دَفَعْتَ دَنَانِيرَ نَقْصاً لَمْ تُعْتَقْ إِلَّا بِدَفْعِ نُقْصَانِ دَنَانِيرِكَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا كاتبه على عرض موصوف يصح ثبوته في

الذمة، وأمكن قبضه في نجمين فصاعدا، وهو أن يكاتبه على ثوبين فما زاد صحت الكتابة، ولا يصح على ثوب واحد، أو عبدٍ واحد، لأنه لا يصح قبضه في نجمين، حتى يكون على ثوبين أو عبدين، أو على ثوب وعبدٍ، لأنه يجوز أن يكون مال الكتابة من جنسين، فإذا انعقدت الكتابة على هذا، وأتاه بالعرض المستحق عليه في النجم الأخير، فعتق بآخر دفعه، ثم وجد السيد به عيباً لم يكن قد علم به، فلا يخلو حال العرض من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون العرض باقياً على حاله التي قبضه عليها، فيكون للسيد الخيار في إمساكه، أو رده، فإن أمسكه راضياً بعيبه استقر ملكه عليه، واستقر ملك المكاتب به، كالمشتري إذا رضي بعيب ما اشترى.

فإن قيل: فهلا امتنع وقوع العتق بوجود العيب لفوات بعض الأجزاء به كما لو كان الباقي من الكتابة عشرة، فأعطاه تسعة لم يعتق.

قيل: الفرق بينهما أن نقصان القدر يستحقه نطقاً اقتضاه الشرط، فامتنع به وقوع العتق، ونقصان الصفة يستحقه حكماً اقتضاه العقد، فجاز أن يقع به العتق لوقوع الفرق بين ما اقتضاه نطق الشرط وبين ما اقتضاه مطلق العقد، ألا ترى أن الجهالة بخيار الشرط تمنع من صحة البيع، لاستحقاقه نطقاً، والجهالة بخيار المجلس لا تمنع من صحة البيع، لاستحقاقه حكماً وشرعاً.

وإن رد السيد العرض بعيبه كان له ذاك، كالمشتري في رد ما وجد به عيباً، ويرتفع العتق بالرد لا بظهور العيب، لأن رده بعيبه نقص يفوت به بعض أجزائه، فاقتضى أن لا يقع به العتق كما لو كانت كتابته عشرة دنانير، فأداها إلا قيراطاً لم يعتق بها.

فإن قيل: فكيف يصح ارتفاع العتق بعد وقوعه، وهو كالطلاق إذا وقع لم يرتفع، وقد ثبت أنه لو خالع زوجته على ثوب طلقها به، ثم وجد بالثوب عيباً رده به، ولم يرتفع الطلاق بعد وقوعه، فهلا كانت الكتابة كذلك.

قيل: إنما لا يرتفع العتق بعد وقوعه إذا كان مستقراً وهذا العتق وقع متوهماً، ثم بان بالرد أنه لم يقع.

والفرق بين الكتابة والخُلْع وإن كان الفرق بينهما ضيقاً أن المغلب في الخلع حكمُ الطلاق، فجاز أن لا يرتفع بعيب العوض، والمغلب في الكتابة حكم العرض، فجاز أن يرتفع العتق بعيب العوض وإذا كان كذلك قيل للمكاتب بعد رد العوض عليه: قد ارتفع عتقك، وأنت على كتابتك، فإن جئت سيدك ببدل هذا العوض سليماً من عيب استقر عتقك، وإن لم تأت ببدله فله تعجيزك واسترقاقك.

فصل: **والقسم الثاني** من أقسام العوض المعيب، أن يتلف في يد السيد قبل علمه بعيبه، فالمستحق فيه الرجوع بأرشه، فيرتفع العتق باستحقاق الأرش، كما يرتفع بنقصان القدر، ولا يقف على خيار السيد، فإن أدى المكاتب الأرش إلى سيده عتق حينئذ به وإن امتنع كان للسيد تعجيزه به واسترقاقه.

والقسم الثالث: أن يكون العوض المعيب باقياً في يد السيد، لكن قد حدث به عيب يمنعه من رده، فيكون وقوع العتق موقوفاً على ما يستقر بينهما، لأن الأرش لم يستقر لإمكان الرد والرد لم يستقر لحدوث العيب، لأن المكاتب بالخيار بين أن يسترجع العرض معيباً، فيرد مثله، وبين أن يمتنع من استرجاعه ويدفع قدر أرشه.

فإذا كان هكذا بديء بالسيد وقيل له: أترضى بعيب؟

فإن رضي به استقر وقوع العتق، وإن لم يرضَ بالعيب قيل للمكاتب: أترضى أن يسترجع العوض بالعيب الحادث، فإن رضي باسترجاعه كان ارتفاع عتقه موقوفاً على رد العوض عليه، فإن رده ارتفع عتقه، فإن قضاه بمثله سليماً، وإلا عجزه السيد واسترقه، وإن امتنع من استرجاعه معيباً فالمستحق فيه الأرش، فيرتفع عتقه بالاستحقاق للأرش، إلا أن يسمح به السيد، فيصير كالإبراء، ويستقر به وقوع العتق.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوِ ادَّعَى أَنَّهُ دَفَعَ أُنْظِرَ يَوْماً وَأَكْثَرُهُ ثَلَاثٌ فَإِنْ جَاءَ بِشَاهِدٍ حَلَفَ وَبَرِىءَ».

قال الماوردي: وصورتها أن يدعي المكاتب على سيده أنه دفع إليه مال كتابته، وينكره السيد فإن لم يكن للمكاتب بينة فالقول قول السيد مع يمينه أنه ما قبض منه مال كتابته، ويكون المكاتب بعد يمين السيد على حال الكتابة، فإن نكل السيد عن اليمين ردت على المكاتب، فإذا حلف بريء وعتق، وإن كان للمكاتب بينة نظر، فإن كانت بينته حاضرة سمعت وحكم بها على سيده، وهي شاهدان أو شاهد وامرأتان، أو شاهد ويمين، لأنها على دفع مال، وإن أفضت إلى العتق، وليس يمتنع أن تسمع الشهادة فيما يفضي إلى ما لا يثبت بتلك الشهادة، كما تسمع في الولادة شهادة النساء، وإن ثبت بها نسب لا يثبت بشهادة النساء وإن كانت بينته غائبة قيل له: أتقدر على إحضارها عن قريب؟ فإن قال: لا.

قيل: فأنت كمن لا بينة له فيحلف السيد، ويكون المكاتب باقياً على كتابته، فإن استرقه السيد بالعجز ثم حضرت بينته من بعد جاز سماعها، والحكم بعتقه، لأن البينة العادلة أحق بالحكم من اليمين الكاذبة.

وإن قال: أقدر على إحضار بينتي عن قريب أنظر لإحضارها يوماً أو يومين،

وأكثره ثلاث، لأن المهلة في إحضار البينة عرف الحكام في الضرورات وكان غاية إنظاره ثلاثاً، لئلا يخرج عن حد القلة إلى حد الكثرة، ويمنع السيد في زمان إنظاره من مطالبته وتعجيزه، ويمكن العبد فيها من اكتسابه، لئلا يفوت على أحدهما حقه، لكن يحجر عليه في كسبه إن أظهر السيد تعجيزه، ولا يحجر إن لم يظهر تعجيزه فإن حضرت البينة سمعت على ما مضى، وإن تأخرت عن زمان الإنظار أحلف على ما مضى.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ عَجَزَ أَوْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دُيُونٌ بُدِيءَ بِهَا عَلَى السَّيِّدِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا اجتمع على المكاتب ديون من معاملة أو أرش عن جناية ومال من كتابة، فإن وجد ما يقضي به جميع الحقوق أعطى كل ذي حق حقه، وإن عجز عن قضاء جميعها، وكان ما بيده يعجز عنها كان صرف ما بيده إلى غرمائه وفي أروش جناياته أولى من صرفه إلى سيده، لاستقرار الديون والأروش في ذمته وأخذه جبراً بأدائه، وليس مال الكتابة مستقراً في ذمته، ولا يؤخذ به جبراً بأدائه، فلذلك قدمت الديون وأروش الجنايات على مال الكتابة، فإن فضل بعد قضائها فضل أخذه السيد ملكاً إن عجزه وأداء إن أنظره وإن عجز ما بيده عن ديونه وجناياته قدمت الديون على الجنايات لتعلق الجنايات برقبته، وتعلق الديون بذمته، فإذا استوفى أرباب الديون دفع حينئذ في جناياته، فإن عجز ما بيده عن ديونه أنظر بالباقي إلى وقت يساره، وبيع في جناياته إن كان أروشها بقدر ثمنه، فإن كانت أقل من ثمنه بيع منه بقدرها، وكان الباقي على رق سيده، ولا يباع في باقي ديونه، لأن ديونه تثبت في ذمته ولا تتعلق برقبته فإن أراد السيد بعد ما بيع منه في جناياته أن يستبقي الكتابة في باقيه جاز له، لأنه لم يبتدئها في بعضه، فيمتنع منها، وإنما بطلت الكتابة في بعضه، فجاز أن يضم الباقي منها، فإذا أدى كتابة باقيه عتق، وفي تقويم باقيه على السيد إن كان موسراً وجهان:

أحدهما: لا يقوم عليه لتقديم سبب العتق قبل التبعيض.

والوجه الثاني: يقوم عليه الباقي ويسري العتق في جميعه، لأن اختياره للإنظار كالابتداء بالعتق، لكن لو بيع بعضه في حياته قبل أن يحل عليه مال كتابته لزم السيد أن يقيم عليه الكتابة في باقيه، لأنها إذا لزمت في جميعه لزمت في بعضه، ولا يقوّم عليه باقيه إن عتق بالأداء وجهاً واحداً، لأن عتقه لم يقف على خياره بعد التبعيض.

فصل: وأما إذا مات هذا المكاتب وعليه ديون وجنايات ومال كتابة فقد مات عبداً، ترك وفاءً أو لم يترك، لما ذكرنا من أن العتق لا يقع بالأداء بعد الموت، وكان

ما خلفه من المال مصروفا في ديونه وجناياته، لا يتقدم به أرباب الديون على أصحاب الجنايات، لفوات رقبته بالموت، فصارت أروش الجنايات مساوية ديون المعاملات، فإن عجز ماله عنها تحاص الفريقان في ماله على قدر حقوقهم، ولم يكن لهم الرجوع على السيد بشيء إن بقي منها وهو غير مأخوذ بدين عبده، ولا بجنايته. والله أعلم.

كِتَابَةُ بَعْضِ عَبْدٍ وَالشَّرِيكَانِ فِي العَبْدِ يُكَاتِبَانِهِ أَوْ أَحَدُهُمَا

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «لاَ يَجُوزُ أَنْ يُكَاتِبَ بَعْضَ عَبْدٍ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ بَاقِيْهِ حُرًّا وَلاَ بَعْضَاً مِنْ عَبْدٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ شَرِيكِهِ وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِ الشَّرِيْكِ لأَنَّ المُكَاتَبَ لاَ يُمْنَعُ مِنَ السَّفَرِ وَالاكْتِسَابِ».

قال الماوردي: وصورتها في سيد تفرد بكتابة بعض عبد، فلا يخلو حال باقيه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون حرّاً.

والثاني: أن يكون ملكاً لشريك فيه.

والثالث: أن يكون ملكاً للسيد الذي كاتبه.

فأما القسم الأول: وهو أن يكون باقي المكاتب حراً، فالكتابة على المرقوق منه جائزة، لأن مقصودها الحرية. فإذا جازت كتابة من لا حرية فيه كانت كتابة من فيه حرية أجوز، ولأن تصرفه قبل الكتابة مختلف وكسبه متبعض، لأنه يتصرف لنفسه تارة بحق حريته، وله بقدرها من كسبه، ويتصرف لسيده تارة بحق ملكه، وله بقدر ذلك من كسبه، فإذا كاتب باقيه استكمل جميع تصرفه وكسبه في حق نفسه، فكان بالكتابة أحق به، فإذا صحت كتابته كمل تصرفه، وجاز أن يستعين بسهم الرقاب من الصدقات، فإن أدى مال الكتابة كمل عتقه وتحرر جميعه، وإن عجز وعاد إلى الرق أخذ السيد ما في يده من كسب الرق، ولم يأخذ ما في يده من كسب الحرية، كما لا يأخذه منه لو لم يكاتبه.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن يكون باقيه ملكاً لشريك فيه، فلا تخلو كتابة هذا السيد من أحد أمرين: إما أن تكون بإذن شريكه فيه. أو بغير إذنه.

فإن كانت بغير إذن الشريك فالكتابة فاسدة، لما فيها من دخول الضرر على الشريك بنقصان قيمة حصته، وجوزها الحكم بن عتبة وابن أبي ليلى، كما يجوز بيع حصته بغير إذن شريكه، وليس لهذا القول وجه، لأن البيع لا يلحق الشريك فيه ضرر،

فجوزناه بغير إذنه، والكتابة يدخل بها ضرر عليه، فمنع منها بغير إذنه.

وإن كاتبه بإذن شريكه، ففي صحة كتابته قولان:

أحدهما: نص عليه الشافعي في كتاب الأم على مسائل محمد بن الحسن أن الكتابة صحيحة، وبه قال أبو حنيفة ومالك، لأن المانع منها دخول الضرر على الشريك، وإذنه رضاً بالضرر فزال المنع وصحت الكتابة.

والقول الثاني: نص عليه الشافعي في هذا الموضع وأكثر كتبه واختاره المزني، أن الكتابة فاسدة، وإن أذن فيها الشريك لأربعة معانٍ:

أحدها: أن موضوع الكتابة أن يكمل بها تصرف المكاتب، ولا يكمل تصرفه بكتابة بعضه، لأنه إن أراد أن يسافر لكتابته منعه الشريك من السفر، لرقه، فاقتضى أن تكون فاسدة.

والثاني: أنه لا يقدر بكتابة بعضه أن يستعين بمال الصدقات، لأن الشريك إن يأخذ منه بقدر سهمه والصدقة لا تحل له، فمنع منها حتى تكمل كتابة جميعه.

والثالث: لأنه إذا كوتب في نصفه على ألف، لم يعتق إلا بأداء ألفين، ليأخذ الشريك منها ألفاً والمكاتب ألفاً، وما أفضى إلى هذا لم تصح به الكتابة كما لو شرطت عليه الزيادة لفظاً.

والرابع: أنه إذا عتق ما كوتب عليه سرى العتق إلى باقيه، فعتق بالكتابة ما لم يدخل فيها، ففسدت كما لو قال: كاتبتك على أنك إذا أديت مال كتابتك فأنت وأخوك حران، كانت كتابته فاسدة، لتعدي العتق فيها إلى ما لم يدخل في عقدها، كذلك في مسألتنا.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين فإن قلنا بالأول منها أن الكتابة صحيحة، فكسب المكاتب بينه وبين شريكه، ليأخذ الشريك منه بقدر ملكه، ويأخذ المكاتب منه بقدر كتابته ليؤديه فيها، فإن لم يهايئه الشريك قاسمه على كل كسبه، ولم يجز أن يأخذ من سهم الرقاب في الصدقات، وإن هايأه ليكتسب لنفسه يوماً وللشريك يوماً، جاز وفي وجوبها إذا طلبها أحدهما وجهان:

أحدهما: تجب كما تجب القسمة إذا دعا إليها أحد الشريكين وأصله قسم رسول الله ﷺ بين نسائه، فجعل لكل واحدة منهن ليلةً، وهي مهايأة قد أوجبها لنفسه وعليها، ويجوز للمكاتب بعد المهايأة، أن يأخذ من سهم الرقاب في الصدقات في أيام نفسه، ولا يجوز أن يأخذ منها في أيام سيده.

والوجه الثاني: أنها لا تلزم إلا عن مراضاة، لأنها تفضي إلى تأخير حق معجل، وتعجيل حق مؤخر. وما أفضى إلى هذا لم يلزم، وبهذا المعنى فارق قسمة الشركاء، لأنه لا تعجيل فيها ولا تأخير. وأما قسم الزوجات، فلما لم يمكن الجمع بينهن، ولم يكن بد من إفراد كل واحدة منهن بحقها، لزمت المهايأة بينهن، وليس كذلك هاهنا، لإمكان الاشتراك من غير مهايأة فافترقا فإذا صح هذا، وأدى المكاتب إلى سيده الذي كاتبه من مال كتابته نظر، فإن كان أداؤه قبل أن دفع إلى الشريك منه قدر حقه لم يعتق به، لأن للشريك أن يرجع بقدر حصته منه، فلم يكمل به الأداء فلم يعتق وإن كان ما أداه بعد أن دفع إلى الشريك منه قدر حقه عتق منه قدر ما كوتب منه بالعقد، ثم اعتبرت بحال سيده الذي كاتبه، فإن كان معسراً لم يسر عتقه إلى باقيه، وكان على رقه للشريك فيه، وإن كان موسراً سرى إلى الباقي، ويقوم على الشريك الذي كاتبه وقت الأداء وصار جميع المكاتب حراً بالأداء والسراية، وإن عجز المكاتب عن أداء كتابته فلسيده الذي كاتبه استرقاقه، ويصير جميع المكاتب عبداً قِنًّا، ويكون ما في يده بعد التعجيز للسيد المكاتب دون الشريك، لأن الشريك قد استوفى حقه من الكسب.

فصل: وإذا قلنا بالقول الثاني: إن كتابته فاسدة، وهو الأظهر فلسيده أن يبطل كتابته ويرفعها، فإن أبطلها ورفعها لم يعتق بالأداء، وكان جميعه مرقوقاً، واقتسم سيداه كسبه على ما يتفقان عليه من اشتراك أو مهايأة، وإن لم تبطل كتابته ولا رفعها فمتى ادعى أنه أدى قدر الكتابة إلى سيده الذي كاتبه، نظر فيما أداه، فإن كان بعد ما أخذه الشريك منه قدر حقه عتق به، ووقف العتق على قدر الكتابة وإن كان سيده معسراً، وسرى إلى جميعه العتق إن كان موسراً، ورجع السيد على مكاتبه بقيمة ما عتق منه بالكتابة دون السراية، لوقوع العتق فيه على كتابة فاسدة، ورجع المكاتب عليه بما أداه إليه، فإن لم يكن بينهما فضل تقاصا، وإن كان فيه فضل ترادا، وإن كان ما أداه المكاتب إلى سيده لم يأخذ الشريك منه قدر حقه ففي عتق المكاتب به وجهان، حكاهما ابن سريج:

أحدهما: لا يعتق كما لا يعتق به في الكتابة الصحيحة، لاستحقاق الشريك لبعضه، فلم يكمل به الأداء.

والوجه الثاني: يعتق به في الكتابة الفاسدة، وإن لم يعتق به في الكتابة الصحيحة، لأن الصحيحة يغلب فيها حكم المعاوضة والعوض المدفوع يستحق فلم يكمل بخلاف الفاسدة فإنه يغلب فيها حكم العتق بالصفة، وقد وجدت الصفة، وإن لم تملك كما لو قال لعبده: إن أعطيتني هذا الثوب فأنت حرٌّ فأعطاه، وكان مغصوباً عتق به.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يكون باقيه ملكاً لسيده الذي كاتبه، كأنه كان يملك جميعه فكاتب نصفه، فمذهب الشافعي، وما عليه جمهور أصحابه أن الكتابة فاسدة قولاً واحداً، لأن مقصود الكتابة العتق، ولا يجوز للسيد أن يبعض عتق عبده، فكذلك لا يجوز أن يبعض كتابته.

وجوّز بعض أصحابنا كتابة بعضه، وخرجه ابن أبي هريرة قولاً ثانياً، لأنه لما جاز أن يكون في الكتابة شريك غيره جاز أن يكون فيها شريك نفسه، وهذا خطأ، لأنه لا يقدر في العبد المشترك على أكثر من الكتابة على حصته فكان غير تبعيض لحقه، وقادر في ملكه جميع العبد على أن يكاتبه بأسره فصار مبعضاً لحقه فإن قلنا: تجوز كتابته على هذا الوجه جاز أن يهايىء المكاتب على كسبه، فيكسب لنفسه يوماً يؤديه في كتابته، ويوماً يأخذه منه بحق ملكه، وجاز أن لا يهايئه ويكون على الشركة في كسبه فإن أدى إليه شيئاً احتسب من الكتابة بنصفه المقابل، لما كاتب منه، وكان له النصف الباقي لنفسه، فإن أدى المكاتب في المهايأة أو مع الإشراك قدر كتابته عتق نصفه بالكتابة وباقيه بالسراية سواء كان السيد موسراً أو معسراً، لأن اليسار معتبر في تقويم حصة الشريك، وليس بمعتبر بتقويم حصته إذا سرى العتق إليها، لأنه موسر إذا ملكها ولا يرجع على مكاتبه بقيمة باقيه إذا سرى العتق إليه، وإن قلنا بفساد الكتابة على الظاهر من مذهب الشافعي، وقول جمهور أصحابه، فللسيد فسخها وإبطالها بالفساد، ولا يعتق المكاتب فيها بالأداء، وإن لم يفسخها حتى أدى المكاتب إليه جميع مالها، نظر فلو كان ذلك بعد أن استوفى السيد منه قدر حقه بالملك عتق، وإن كان قبل أداء حقه منه، ففي عتقه وجهان، على ما حكاه ابن سريج، فإذا رجع العتق على حصة الكتابة سرى إلى باقيه، فعتق جميعه، وترادًّا القيمة في الأداء، لوقوع العتق عن كتابة فاسدة، وفيما يرجع السيد به على مكاتبه وجهان:

أحدهما: جميع القيمة، لوقوع عتقه في كتابة فاسدة.

والوجه الثاني: يرجع عليه بقيمة النصف الذي كاتبه عليه، لأنه هو المعتق بالكتابة، ولا يرجع عليه بقيمة ما عتق بالسراية، لاختصاص السيد به في حقه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُكَاتِبَاهُ مَعاً حَتَّى يَكُونَا فِيهِ سَوَاءً وَقَالَ فِي كِتَابِ الإِمْلَاءِ عَلَى مُحَمَّدِ بْنِ الحَسَنِ وَإِذَا أَذِنَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ أَنْ يُكَاتِبَهُ فَالكِتَابَةُ جَائِزَةٌ وَلِلَّذِي لَمْ يُكَاتِبْهُ أَنْ يَخْتَدِمَهُ يَوْماً وَيُخَلَّى وَالكَسْبَ يَوْماً فَإِنْ أَبْرَأَهُ مِمَّا عَلَيْهِ كَانَ نَصِيبُهُ حُرّاً وَقَوَّمَ عَلَيْهِ الْبَاقِي وَعَتَقَ إِنْ كَانَ مُوسِراً وَرَقَّ إِنْ كَانَ مُعسِراً (قال

المزني) الْأَوَّلُ بِقَوْلِهِ أَوْلَى لأَنَّهُ زَعَمَ لَوْ كَانَتْ كِتَابَتُهُمَا فِيهِ سَوَاءً فَعَجَزَهُ أَحَدُهُمَا فَأَنْظَرَهُ الآخَرُ فُسِخَتِ الْكِتَابَةُ بَعْدَ ثُبُوتِهَا حَتَّى يَجْتَمِعَا عَلَى الإِقَامَةِ عَلَيْهَا فَالابْتِدَاءُ بِذَلِكَ أَوْلَى (قال المزني) وَلاَ يَخْلُو مِنْ أَنْ تَكُونَ كِتَابَةُ نَصِيبِهِ جَائِزَةً كَبَيْعِهِ إِيَّاهُ فَلاَ مَعْنَى لإِذْنِ شَرِيكِهِ أَوْ لاَ تَجُوزُ فَلِمَ جَوَّزَهُ بِإِذْنِ مَنْ لاَ يَمْلِكُهُ».

قال الماوردي: إذا كان العبد بين شريكين جاز أن يجتمعا على كتابته، فتصح قولاً واحداً.

فإن قيل: فهلاَّ كانت على قولين، كما لو كاتبه أحدهما قبل الآخر؟

قيل: قد كان بعض أصحابنا يذهب إلى هذا، ويخرج كتابتهما على قولين، لأن العقد إذا اجتمع في أحد طرفيه عاقدان جرى عليه حكم العقدين، فصار كل واحد منهما كالمنفرد بكتابته، فاقتضى أن يكون على قولين، وذهب جمهور أصحابنا إلى فساد هذا التخريج، وأن الكتابة باجتماعهما عليها جائزة قولاً واحداً، لكمال تصرفه وهو في كتابتهما كامل التصرف، ويجوز أخذه من الصدقات وهو من كتابة أحدهما ممنوع منها، فافترقا.

فإذا صح جواز اجتماعهما على كتابته، فقد قال الشافعي: لا يجوز أن يكاتباه حتى يكونا فيه سواء، واختلف أصحابنا في تأويل هذا الكلام على وجهين:

أحدهما: أنه أراد تساويهما في ملكه، فيكون بينهما نصفين، فتصح حينئذ منهما مكاتبته على مال يتساويان فيه، أو يتفاضلان لقول الشافعي: حتى يكونا فيه سواء يعني في العبد ولو أراد الكتابة لقال: حتى يكونا فيها سواء وإن تفاضلا في الملك فكان لأحدهما ثلثه، وللآخر ثلثاه لم تصح كتابتهما لتفاضلهما وقوة أحدهما، فصار التساوي بينهما معدوماً.

والوجه الثاني: وبه قال جمهور أصحابنا ونص الشافعي عليه في موضع من كتاب الأم، أن المراد به أن يتساويا في مال الكتابة بحسب الملك، فإذا كان بينهما نصفين، فكاتبه كل واحد منهما على ألف جاز، ولو كاتبه أحدهما على ألف، والآخر على ألفين لم يجز، لتفاضلهما في المال مع تساويهما في الملك، ولو كان بينهما أثلاثاً فكاتبه كل واحد منهما على ألف لم يجز لتساويهما في المال مع تفاضلهما في الملك، ولو كاتبه صاحب الثلث على ألف وصاحب الثلثين على ألفين جاز، لتساويهما في المال وإن تفاضلا في الملك، ليكون الكسب المؤدى بعد الكتابة معتبراً باستحقاقهما له بالملك قبل الكتابة.

فإن قيل: فهلاّ جاز أن يتفاضلا في الملك والمال جميعاً كما يجوز في اجتماعهما على البيع أن يتفاضلا في الملك والثمن؟ قيل: لأنه ليس لواحد منهما في البيع أن يمنع صاحبه منه. فجاز أن يفضل عليه فيه وله منعه من الكتابة فلم يجز أن يفضل عليه فيها، ولأن الكتابة تؤدى من الكسب الذي قد تساويا فيه، والثمن في البيع يؤدى من غيره فافترقا.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَاتَبَاهُ جَمِيْعَاً بِمَا يَجُوزُ فَقَالَ: دَفَعْتُ إِلَيْكُمَا مُكَاتَبَتِي وَهِيَ أَلْفٌ فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا وَكَذَّبَهُ الآخَرُ رَجَعَ المُنْكِرُ عَلَى شَرِيْكِهِ بِنِصْفِ مَا أَقَرَّ بِقَبْضِهِ وَلَمْ يَرْجِعِ الشَّرِيْكُ عَلَى العَبْدِ بِشَيْءٍ وَيُعْتَقُ نَصِيبُ المُقِرِّ فَإِنْ أَدَّى إِلَى المُنْكِرِ تَمَامَ حَقِّهِ عُتِقَ وَإِنْ عَجَزَ رُقَّ نِصْفُهُ وَالنِّصْفُ الآخَرُ حُرٌّ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا كاتب الشريكان عبداً بينهما نصفين، فادعى المكاتب عليهما أنه أدى مال الكتابة إليهما فإن صدقاه عتق عليهما وكان ولاؤه لهما، وإن كذباه حلفا، وكان على كتابته، فإن أداها وإلا عجزاه، وعاد عبداً فإن صدقه أحدهما وكذبه الآخر عتقت حصة المصدق، وحلف له المكذب وكان على كتابته في حصته، وللمكذب أن يرجع على المصدق بنصف ما أقر بقبضه وهو الربع لوجوب تساويهما في الأداء والمكذب بالخيار بين أن يرجع به على المصدق بحصول حقه في يده، وبين أن يرجع به على المكاتب، لأنه حق تعلق بذمته، فإن رجع به على المصدق لم يرجع به المصدق على المكاتب، لأنه مقر أن المنكر ظلمه بأخذه. وإن رجع به على المكاتب لم يكن للمكاتب أن يرجع به على المصدق لهذه العلة، فإذا أخذ المكذب ربع الكتابة من أحدهما بقي له على المكاتب ربعها، لأن له النصف، فإن أداه المكاتب عتق، وإن عجز عنه رق، وكان نصفه حراً مملوكاً، ولا يقوم على الشريك المصدق وإن عتقت حصته بالتصديق نص عليه الشافعي هاهنا، وعلل بأن العبد يبرئه من ذلك، وفي هذا التعليل دَخَلٌ، لأن في تكميل الحرية من حقوق الله تعالى ما لا يعتبر فيه الإبراء ولا تقبل شهادة المصدق على المنكر، وإن كان عدلاً لأنه يستدفع بها ضرر استرجاع نصف ما بيده فصار متهوم الشهادة فردت.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنِ ادَّعَى أَنَّهُ دَفَعَ جَمِيعَ الْكِتَابَةَ إِلَى أَحَدِهِمَا، فَقَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، بَلْ دَفَعَهُ إِلَيْنَا جَمِيْعَاً، رَجَعَ عَلَيْهِ شَرِيكُهُ بِنِصْفِ مَا أَقَرَّ بِقَبْضِهِ، وَعُتِقَ نَصِيبُهُ وَقُوِّمَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ إِنْ كَانَ مُوسِراً».

قال الماوردي: وصورتها أن يدعي هذا المكاتب بين شريكين أنه دفع جميع مال الكتابة إلى أحدهما ليأخذ منه النصف الذي يستحقه ويدفع إلى شريكه النصف الذي يستحقه، فللمدَّعى عليه في تصديقه حالتان:

إحداهما: أن يقول دفعت ذلك إلينا جميعاً، فَعَتَقْتُ حصتي بقبضي، وعُتِقَتْ حصة شريكي بإقباضك له، وينكر الشريك الآخر أن يكون قد قبض شيئاً، فتعتق حصة المصدق بهذا الإقرار، ويكون القول قول المنكر أنه ما قبض حقه، ولا يمين عليه، لأنه لم يَدَّعِ واحدٌ منهما عليه أنه أقبضه، لأن المكاتب يقول: دفعتها إلى المقر ليدفعها إليه، والمقر يقول: إنما دفعها المكاتب إليه ولم يَدَّع واحِدٌ مِنْهُمَا تسليمها إليه، فلذلك سقطت اليمين عنه، وهو بعد إنكاره مخير بين أن يرجع على المكاتب بجميع حقه، وبين أن يرجع على المقر بنصفه، وعلى المكاتب بنصفه، ولا يرجع المقر على المكاتب بما أخذه المنكر منه، على ما ذكرنا فإن استوفى المنكر حقه منها أو من المكاتب فقد عتقت حصته وصار جميعه حراً، وإن لم يستوفه كان له تعجيز المكاتب في حصته واسترقاقها، فأدى له مسترقها قومت على المقر، وسرى العتق إلى جميع المكاتب، فعتق كله، نص عليه الشافعي بخلاف المسألة المتقدمة، لأن المكاتب يقول قد عتقت بالأداء، وإنما أنت أيها المقر ظلمتني بتأخير الأداء وإبطال العتق، وفي هذا التعليل أيضاً دَخَلٌ وليس بين المسألتين عندي فرقٌ يصح، والله أعلم.

فصل: والحال الثانية من حال المصدق أن يقول: قبضت جميع مال الكتابة ودفعت إلى شريكي منه قدر حقه، وهو النصف، وينكر الشريك قبض شيء منه، فالقول قول المنكر مع يمينه، لأن المقر يدَّعي عليه تسليم حقه إليه، فلذلك استحق عليه اليمين، فإذا حلف فحصة المقر قد عتقت، وحصة المنكر على كتابتها وله الخيار في الرجوع بجميع حقه، وهو نصف الكتابة على من شاء من المكاتب أو المقر، لأن المقر معترف باستيفائها، ولا تقبل شهادة المقر عليه، للتهمة في دفع الرجوع عليه، ولا يصير شاهداً على فعل نفسه، ثم ينظر، فإن رجع المنكر بكتابته على المقر لم يكن للمقر أن يرجع بها على المكاتب لاعترافه بأن شريكه ظلمه بها، وإن رجع المنكر على المكاتب، فاستوفى منه كتابته رجع المكاتب على المقر بما أقر بقبضه من حصة الشريك المنكر، سواء كان المكاتب قد صدّقه على الدفع أو أكذبه، لأنه وإن صدقه على الدفع فقد فرَّط في ترك الشهادة عليه فلذلك غرم، وقد عتق جميع المكاتب، ولو عجز المكاتب عن أداء حصة المنكر لم يكن للمنكر إجبار المكاتب على الرجوع على المقر، لأن رجوعه كسب له والمكاتب لا يجبر على الكسب، فإن عجزه واسترقه كان للمنكر حينئذ أن يرجع على المقر بما أقر به، لأنه قد صار ذلك مالاً لعبده، فكان

السيد أملك به وبسائر ما في يده ولا يعتق به بعد التعجيز، ولو كان قد قبضه قبل التعجيز عتق به ويقوّم باقيه على المقر ويعتق عليه بالسراية، فيصير المقر بعد التعجيز غارماً لكتابة الحصة ولقيمتها، ولو دفع ذلك قبل التعجيز لم يلتزم إلا مال الكتابة وحدها دون القيمة والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَذِنَ أَحَدُهُمَا لِشَرِيْكِهِ أَنْ يَقْبِضَ نَصِيْبَهُ فَقَبَضَهُ ثُمَّ عَجَزَ فَفِيهَا قَوْلاَنِ أَحَدُهُمَا يُعْتَقُ نَصِيبُهُ مِنْهُ وَلاَ يَرْجِعُ شَرِيكُهُ وَيُقَوَّمُ عَلَيْهِ البَاقِي إِنْ كَانَ مُوسِراً وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً فَجَمِيعُ مَا فِي يَدَيْهِ لِلَّذِي بَقِيَ لَهُ فِيْهِ الرِّقُّ لأَنَّهُ يَأْخُذُهُ بِمَا بَقِيَ لَهُ مِنَ الكِتَابَةِ فَإِنْ كَانَ فِيْهِ وَفَاءٌ عُتِقَ وَإِلاَّ عَجَزَ بِالْبَاقِي وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ العَجْزِ فَمَا فِي يَدَيْهِ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ يَرِثُ أَحَدُهُمَا بِقَدْرِ الحُرِّيَّةِ وَالآخَرُ بِقَدْرِ العُبُودِيَّةِ. وَالْقَوْلُ الثَّانِي لاَ يُعْتَقُ وَيَكُونُ لِشَرِيْكِهِ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ فَيُشْرِكَهُ فِيْمَا قَبَضَهُ لأَنَّهُ أَذِنَ لَهُ بِهِ وَهُوَ لاَ يَمْلِكُهُ (قال المزني) هَذَا أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ أَنَّ المُكَاتَبَ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ وَمَا فِي يَدَيْهِ مَوْقُوف مَا بَقِيَ دِرْهَمٌ فَلَيْسَ مَعْنَاهُ فِيمَا أَذِنَ لَهُ بِقَبْضِهِ إِلاَّ بِمَعْنَى اسْبِقْنِي بِقَبْضِ النِّصْفِ حَتَّى اسْتَوْفِي مِثْلَهُ فَلَيْسَ يَسْتَحِقُّ بِالسَّبْقِ مَا لَيْسَ لَهُ كَأَنَّهُ وَزْنٌ لأَحَدُهُمَا قَبْلَ الآخَرَ قَالَ فِي كِتَابِ الإِمْلاَءِ عَلَى كِتَابِ مَالِكٍ إِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ وَيُعْتَقُ نَصِيبُهُ وَالْبَاقِي عَلَى كِتَابَتِهِ فَإِنْ أَدَّى فَالْوَلاَءُ بينهُمَا وَإِنْ عَجَزَ قُوِّمَ عَلَى المُعْتَقِ إِنْ كَانَ مُوسِراً وَرُقَّ إِنْ كَانَ مُعْسِراً (قَالَ المُزَنِيُّ) قَدْ قَالَ وَلَوْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا قُوِّمَ عَلَيْهِ البَاقِي إِنْ كَانَ مُوسِراً وَعُتِقَ كُلُّهُ وَإِلاَّ كَانَ البَاقِي مُكَاتَباً وَكَذَلِكَ لَوْ أَبْرَأَهُ كَانَ كَعِتْقِهِ إِيَّاهُ (قَالَ المُزَنِيُّ) فَهَذَا أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ وَأَوْلَى بِأَصْلِهِ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيْقِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن المكاتب إذا كان بين شريكين ليس له أن يقدم أحدهما في الأداء، وعليه أن يسوي بينهما فيه، لتساويهما في الاستحقاق، فإن عجل إلى أحدهما مال كتابته، لم يخل أن يكون التعجيل بإذن الشريك، أو بغير إذنه، فإن كان بغير إذن الشريك لم تعتق حصة المتعجل، وإن استأدى جميع كتابته، لأن لشريكه أن يرجع عليه بقدر حقه منه وهو النصف، فلم يكمل الأداء فلذلك لم يقع العتق.

وإن كان التعجيل بإذن الشريك ففي صحته قولان:

أحدهما: وهو اختيار المزني، أن التعجيل لا يصح وللشريك أن يرجع على المتعجل بنصف ما تعجله، كما لو لم يأذن فيه لأمرين:

أحدهما: أن الآذن لم يملك ما أذن فيه، فكان وجود إذنه كعدمه.

والثاني: أن الإذن بالتعجيل يجري مجرى السبق في القبض مع وجود المال، ولو

كان المال حاضرا، فأذن أحدهما للاخر أن يسبقه بقبض حقه فقبضه، وتلف الباقي كان للشريك الثاني أن يرجع على السابق بنصف ما قبض، لأن الإذن بالسبق معتبر بأن يتعقبه قَبْضُ الآخر، كذلك الإذن في التعجيل.

والقول الثاني: وهو الأصح أن التعجيل صحيح، تعتق به حصة المتعجل، وليس للآذن أن يرجع عليه بشيء منه لأمرين:

أحدهما: أن الآذن لم يملك ما بيد المكاتب، وإنما ملك الحجر عليه بحق كتابته، فإذا أذن في التقديم فقد أسقط حقه من الحجر، فلم يستحق الرجوع وجرى مجرى البائع يستحق حبس المبيع على قبض ثمنه، فإذا سلمه سقط حقه في احتباسه، وكالمرتهن في احتباس الرهن.

والثاني: أن إذنه بالتعجيل كالهبة، لا يجوز له أن يرجع فيما وهب فكان أولى أن لا يرجع فيما أذن.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين، فإن قلنا بالقول الأول أن التعجيل لم يصح، وإن أذن به الشريك، فللشريك أن يرجع بمثل ما تعجله شريكه، فإن كان مع المكاتب مثله، فدفعه إلى الشريك الآذن استقر التعجيل الأول، وعتق جميع المكاتب لأدائه مال كتابته إليهما، وإن لم يكن بيده غير ما عجله كان للآذن أن يرجع على المعجل بنصف ما في يده، فإذا رجع به لم يعتق من المكاتب شيء، لأنه لم يستوف واحد منهما حقه، فإن وفاهما عتق وإن عجز استرقاه.

وإن قلنا بالقول الثاني: أن التعجيل صحيح، وأنه لا رجوع للآذن فيه، فقد عتقت حصة المتعجل، وفي سراية عتقه إلى حصة شريكه قولان:

أحدهما: لا تسري، ويكون باقيه على كتابته إن أداها إلى شريكه عتق، وإن عجز عنها رق، وكان نصفه حراً، وولاؤه للمتعجل ونصفه مملوكاً للآذن، وإنما لم يسر عتقه، لتقدم سببه الذي اشتركا فيه.

والقول الثاني: أن عتقه يسري في باقيه إن كان المتعجل موسراً لقيمته، لاختصاصه بما عتق به، فعلى هذا في زمان سرايته قولان:

أحدهما: أنه يسري لوقته ويعتق عليه جميعه في الحال، ويؤخذ بقيمته حصة شريكه دون التعجيل، وإنما تعجل العتق بالسراية، لأنه إذا تعلق العتق بسببين روعي أعجلهما في وقوع العتق به، كما لو قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حُرٌّ، وإن كلمت زيداً فأنت حر، فعلى هذا تنفسخ الكتابة بالتقويم، ليعود رقيقاً مقوماً وفيما يعتق به ما قدمناه من الأقاويل الثلاثة، ويكون ولاء جميعه للمتعجل بالأداء والتقويم ويرجع الآذن

على المكاتب بما في يده، فيأخذه إن كان مثل ما تعجل شريكه ليساويه فيما أخذ، فإن كان أكثر من التعجيل كانت الزيادة بين الآذن بحق رقه، وبين المكاتب بحق عتقه.

والقول الثاني: أن السراية موقوفة على ما يكون من أداء المكاتب، لأن للآذن فيه عقد قد تقدم، يستحق به مالاً وولاءً فلم يجز أن يفوت عليه، فعلى هذا للمكاتب ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يؤدي.

والثاني: أن يعجز.

والثالث: أن يموت قبلهما.

فإن أدى عتق باقيه بالأداء، وصار جميعه حراً، وولاؤه بين الشريكين، وما فضل في يده بعد أدائه ملك له، لا حَقَّ فيه لواحد من الشريكين، وإن عجز وقع الفسخ بالعجز ولم يقف على تعجيز الشريك الآذن لما تعلق بعتقه من حق الشريك المتعجل، ويستقر الفسخ بالتقويم، ويقع العتق بأداء القمية، ويكون ما بيد المكاتب على ما قدمناه يأخذ منه الآذن مثل ما أخذه المتعجل، ويكون الباقي بينه وبين المكاتب، وإن مات المكاتب قبل الأداء والعجز مات عبداً، وكان نصف ما بيده للشريك الآذن بحق رقه، وفي النصف الباقي قولان:

أحدهما: يكون للشريك الآذن أيضاً، وهو قوله في القديم أن من لم تكمل حريته لم يورث.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد، أنه يورث بقدر حريته، فعلى هذا إن كان له وارث مناسب كان المال له، وإن لم يكن له مناسب كان للمعتق ميراثاً.

وقال أبو سعيد الإصطخري: ينتقل ماله إلى بيت المال، ولا يكون لوارثه بحريته، ولا لمالك رقه.

وأما المزني، فإنه اختار من القولين في التعجيل ما حكيناه عنه من إبطاله، واحتج له بما يفيد توجيه القول الثاني. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ مَاتَ سَيِّدُ الْمُكَاتَبِ فَأَبْرَأَهُ بَعْضُ الْوَرَثَةِ مِنْ حِصَّتِهِ عُتِقَ نَصِيبُهُ عَجَزَ أَوْ لَمْ يَعْجِزْ وَوَلَاؤُهُ لِلَّذِي كَاتَبَهُ وَلَا أُقَوِّمُ عَلَيْهِ وَالْوَلَاءُ لِغَيْرِهِ وَأَعْتِقُهُ عَلَيْهِ بِسَبَبِ رِقِّهِ فِيهِ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ فِيهِ رِقٌّ فَعَجَزَ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ فَفِيهَا قَوْلَانِ أَحَدُهُمَا هَذَا وَالْآخَرُ يُقَوَّمُ عَلَيْهِ إِذَا عَجَزَ وَكَانَ لَهُ وَلَاؤُهُ كُلُّهُ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ الْأُولَى بَطَلَتْ وَأَعْتَقَ هَذَا مِلْكَهُ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ: الْأَوَّلُ بِمَعْنَاهُ أَشْبَهُ

بِأَصْلِهِ إِذْ زَعَمَ أَنَّهُ إِذَا أَبْرَأَهُ مِنْ قَدْرِ حَقِّهِ مِنْ دَرَاهِمِ الكِتَابَةِ عُتِقَ نَصِيبُهُ بِمَعْنَى عَقْدِ الأَبِ لَمْ يَجُزْ أَنْ يُزِيلَ مَا ثَبَتَ وَإِذْ زَعَمَ أَنَّهُ إِنْ عَجَزَ فِيهِ فَقَدْ بَطُلَتِ الكِتَابَةُ الأُولَى فَيَنْبَغِي أَنْ يَبْطُلَ عِتْقُ النَّصِيبِ بِالإِبْرَاءِ مِنْ قَدْرِ النَّصِيبِ لأَنَّ الأَبَ لَمْ يُعْتِقْهُ إِلاَّ بِأَدَاءِ الجَمِيعِ فَكَأَنَّ الأَبَ أَبْرَأَهُ مِنْ جَمِيعِ الكِتَابَةِ وَلاَ عِتْقَ بِإِبْرَائِهِ مِنْ بَعْضِ الكِتَابَةِ».

قال الماوردي: وهذه مسألة قد مضت في سيد المكاتب إذا مات، وخلف ابنين، فأعتق أحدهما حصته، وهذه المسألة مصورة في إبراء أحدهما من حصته، والإبراء والعتق سواء، لأن العتق موجب للإبراء، والإبراء موجب للعتق لا فرق بينهما فلم يحتج إلى الإطالة بالإعادة، وتكلم المزني بعده كلاماً أطاله في نصرة ما تقدم ذكره، وحذف الجواب عما تقدمت الإشارة إليه أخصر وبالله التوفيق.

بَابُ فِي وَلَدِ المُكَاتَبَةِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَدُ المُكَاتَبَةِ مَوْقُوفٌ فَإِذَا أَدَّتْ فَعُتِقَتْ عُتِقُوا وَإِنْ عَجَزَتْ أَوْ مَاتَتْ قَبْلَ الأَدَاءِ رُقُّوا».

قال الماوردي: وصورتها في مكاتبة ذات ولد، فلا يخلو أن تلده قبل الكتابة أو بعدها، فإن ولدته قبل الكتابة فهو مملوك لسيدها، لا يتبعها في الكتابة بحال، لاستقرار ملك السيد عليه قبل الكتابة، وإن ولدته بعد الكتابة لم يخل أن يكون من سيدها، أو من غيره، فإن كان من سيدها لحق به، وكان حراً، وصارت به أم ولد، وهي على كتابتها بعد ولادته، لأن الكتابة عتق بصفة، فلا يبطل بمصيرها أم ولد، كما لو قال لها: إن دخلت الدار فأنت حرة، ثم أولدها كان عتقها بالصفة باقياً، وإن صارت أم ولد، وإذا كان كذلك تعلق عتقها بسببين:

أحدهما: الأداء.

والآخر: موت السيد.

فأيهما تعجل وقع به العتق، فإن تعجل الأداء عتقت بالكتابة، وإن تعجل موت السيد عتقت بالولادة.

فصل: وإن كان الولد من غير السيد، وهو أن تأتي به من زوج أو زنى فهو مملوك مثلها، لأن الكتابة لم ترفع رقها، ولا يكون ملكاً لها وإن كان ولد المكاتب ملكاً له، لأن ولد المملوكة لمالك الأم، والمكاتب مالك لأم ولده، فصار مالكاً لولده، والمكاتبة لا تملك نفسها، فلم تملك ولدها، وإذا لم تملك ولدها فهو على ملك سيدها، لأن المملوك لا يستغني عن مالك، لأنه مالك لأمه، فصار مالكاً له، وإذا كان مالكاً له فهل يكون تبعاً لأمه أم لا؟ لا اختلاف بين الفقهاء أن لا يكون تبعاً في الكتابة، لأن الكتابة عقد معاوضة يفتقر إلى إيجاب وقبول، فكان موقوفاً على القابل لا يتعداه، وخالف ولد المدبرة، حيث صار تبعاً لها في التدبير على أحد القولين، لأن التدبير ليس بعقد معاوضة، فجاز أن يسري إلى الولد كولد أم الولد. وإذا لم يكن ولد

المكاتبة تبعاً لها في الكتابة، فقد اختلف قول الشافعي هل يكون تبعاً لها في العتق حتى يعتق بعتقها فيرق برقها؟ على قولين:

أحدهما: وهو المنصوص عليه في هذا الموضع، وكثير من كتبه أنه يكون تبعاً لأمه، يعتق إن عتقت، ويرق إن رقت، لأمرين:

أحدهما: أن ولد المكاتب لما كان تبعاً له، وإن لم يتعلق به حريته ورقه، فأولى أن يكون ولد المكاتبة تبعاً لها لما يتعلق بها من حريته ورقه.

والثاني: أن ولد كل ذات رحم لما كان تبعاً لها في الحرية والرق وجب أن يكون تبعاً لها في أسباب العتق، كولد أم الولد.

والقول الثاني: نص عليه في كتاب الأم، أنه لا يكون تبعاً لها. ويكون ملكاً قناً للسيد، سواء عتقت بالأداء، أو رقت بالعجز لأمرين:

أحدهما: أنه لما لم يكن تبعاً لها في عقد الكتابة لم يكن تبعاً لها في العتق الحادث عن الكتابة.

والثاني: أن عقد الكتابة لما كان متردداً بين اللزوم والفسخ لم ينتشر حكمه إلى الولد، كالرهن والإجارة، وخالف من هذا الوجه ولد أم الولد، وخالف ولد المكاتب لاختلافهما في الملك، وإذا ثبت هذا فأولاد الآدميات ينقسمون أربعة أقسام: ولد الحرة حر، وولد الأمة القن عبد، وولد أم الولد تبع لها، وولد المدبَّرة والمكاتبة والمعتقة بصفة في كونهم تبعاً على قولين.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ جُنِيَ عَلَى وَلَدِهَا فَفِيْهَا قولان: أَحَدُهُمَا أَنَّ لِلسَّيِّدِ قِيمَتَهُ وَمَا كَانَ لَهُ لأَنَّ المَرْأَة لاَ تَمْلِكُ وَلَدَهَا وَيُؤْخَذُ السَّيِّدُ بِنَفَقَتِهِ وَإِنْ اكْتَسَبَ أَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْهُ وَوَقَفَ البَاقِي، وَلَمْ يَكُنْ لِلسَّيِّدِ أَخْذُهُ فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ عِتْقِ أُمِّهِ كَانَ لِسَيِّدِهِ وَإِنْ عُتِقَ بِعِتْقِهَا كَانَ مَالُهُ لَهُ وَإِنْ أَعْتَقَهُ السَّيِّدُ جَازَ عِتْقُهُ وَإِنْ أَعْتَقَ ابْنَ المُكَاتَبِ مِنْ أَمَتِهِ لَمْ يَجُزْ عِتْقُهُ وَإِنَّمَا فَرَّقَتُ بَيْنَهُمَا لأَنَّ المُكَاتَبَةَ لاَ تَمْلِكُ وَلَدَهَا وَإِنَّمَا حُكْمُهُ حُكْمُهَا والمُكَاتَبُ يَمْلِكُ وَلَدَهُ مِنْ أَمَتِهِ لَوْ كَانَ يَجْرِي عَلَيْهِ رِقٌّ وَالْقَوْلُ الثَّانِي أَنَّ أُمَّهُمْ أَحَقُّ بِمَا مَلَكُوا تَسْتَعِينُ بِهِ لأَنَّهُمْ يُعْتَقُونَ بِعِتْقِهَا وَالأَوَّلُ أَشْبَهُهُمَا (قال المزني) الآخَرُ أَشْبَهُهُمَا بِقَوْلِهِ إِذَا كَانُوا يُعْتَقُونَ بِعِتْقِهَا فَهُمْ أَوْلَى بِحُكْمِهَا وَمِمَّا يُثْبِتُ ذَلِكَ أَيْضاً قَوْلُهُ: لَوْ وَطِىءَ ابْنَةَ مُكَاتَبَتِهِ أَوْ أُمَّهَا كَانَ عَلَيْهِ مَهْرُ مِثْلِهَا وَهَذَا يَقْضِي لِمَا وَصَفْتُ مِنْ مَعْنَى وَلَدِهَا».

قال الماوردي: إذا تقرر القولان في ولد المكاتبة، هل يكون عبداً للسيد أو تبعاً لأمه؟ فإن جعلناه عبداً تعلقت عليه أحكام العبيد في كسبه، ونفقته وعتقه، والجناية

عليه، وسائر أحكامه وإن جعلناه تبعاً لأمه وأحكامه معتبرة بما سنذكره، وهي تشتمل على خمسة فصول:

أحدها: الجناية عليه، وهي ضربان: نفس وطرف، فإن كانت الجناية على نفسه فضربان: خطأ يوجب المال وعمد يوجب القود، فإن كانت الجناية عليه خطأ توجب المال ففيه قيمته، لأنه قتل عبداً، وإن كان تبعاً، وفيها قولان:

أحدهما: أن قيمته لأمه تستعين بها في كتابتها، ولا تكون لسيدها، وهذا اختيار المزني ووجهه شيئان:

أحدها: وهو الذي ذكره المزني: أنه لما كان الولد تبعاً لها يعتق بعتقها كانت أولى بقيمته من السيد الذي لا يكون تبعاً له.

والثاني: أنه لما كانت قيمة ولد المكاتب لو قتل تكون للمكاتب دون السيد كذلك ولد المكاتبة إذا قتل.

والقول الثاني: وهو اختيار الشافعي: أن قيمة الولد تكون للسيد دون الأم ووجهه شيئان:

أحدهما: أنه لما كانت قيمتها للسيد لو قتل، كان أولى أن تكون له قيمة ولدها.

والثاني: أنه مملوك للسيد دون الأم، فكان بقيمته أحق من الأم، وبهذا المعنى فرقنا بين ولد المكاتب وولد المكاتبة، لأن المكاتب يملك ولده والمكاتبة لا تملك ولدها واحتجاج المزني بأنه تبع لأمه لا يوجب أن تختص بقيمته، لأن ولد أم الولد تبعٌ لها يعتق بعتقها، ولا تملك قيمته إن قتل.

وإن كانت الجناية عليه عمداً يوجب القود، فإن جعلنا قيمته في الخطأ للسيد، فالقود في العمد مردود إلى خيار السيد، فإن اقتص أو عفا فلا اعتراض للأم عليه، وإن جعلنا قيمته للأم، فإن اقتصت كان لها، ولم يكن للسيد بيعها، وإن عفت عنه إلى المال كان لها، تستعين به في كتابتها وإن عفت عنه كان في صحة عفوها قولان، من اختلاف القولين في قتل العمد: هل يوجب القود وحده، أو يوجب أحد الأمرين من القود أو الدية.

فإن قيل: إنه موجب للقود وحده، ولا يوجب المال باختيار الولي كان عفو الأم عنه جائزاً، أذن فيه السيد أو لم يأذن، لأن السيد لا حق له في القود، فيمنع من العفو عنه، والمال لا يجب إلا باختيار الأم، وليس للسيد أن يجبرها على تملكه، وإن قيل: إنه موجب لأحد أمرين لم يصح عفوها عنهما بغير إذنه، لما فيه من استهلاك مال قد ملك الحجر عليها فيه، وفي صحة عفوها بإذنه قولان كالهبة.

وإن كانت الجناية عليه في طرف فهي ضربان أيضاً عمد وخطأ.

فإن كانت خطأ يوجب المال ففيها ثلاثة أقاويل:

أحدها: أن الأرش فيها للسيد.

والثاني: للأم.

والثالث: أنه موقوف على الولد، فإن عتق بعتق أمه كان الأرش له، وإن رق برقها كان للسيد، وإن كانت عمداً يوجب القود فهو مبني على مستحق الأرش في الخطأ، فإن جعلناه للسيد كان القود في طرفه مستحقاً للأم، وإن جعلناه موقوفاً على عتق الولد ورقه فلا حق للأم في القود، وهو موقوف بين الولد والسيد، فإن اجتمعا عليه جاز أن يستوفياه، وإن تفرد به أحدهما لم يجز، لأنه إن تفرد به الولد جاز أن يكون للسيد إن رق، وإن تفرد به السيد جاز أن يكون للولد إن عتق، فلذلك منع أحدهما من التفرد به حتى يجتمعا عليه أو تستقر أم الولد على عتق فيكون القود له أو على رق فيكون لسيده. والله أعلم.

فصل: والفصل الثاني من أحكام الولد في كسبه إذا كان من أهل الاكتساب وفيه ثلاثة أقاويل:

أحدها: إن كسب الولد لأمه تستعين به في كتابتها، لأنه تبع لها في العتق، يعتق بعتقها فكان كسبه مثل كسبها، ويكون للأم أن تتملك أكسابه لوقتها.

والقول الثاني: إن كسبه للسيد لأنه مملوكه والأم إنما ملكت أكساب نفسها بالعقد، والولد تبع لها في العتق دون العقد، فخرجت أكسابه عن العقد، فعلى هذا يكون للسيد أن يتملك أكسابه لوقتها.

والقول الثالث: أن أكسابه موقوفة على عتقه ورقه، لاختصاصه بأكسابه، وتردد حاله بين أن يعتق فيملكها، أو يرق فتكون لسيده، فلذلك وجب وقفها حتى تستقر حاله على أحد أمريه، فعلى هذا إن عتقت الأم بما أدته من كسبها ملك الولد أكساب نفسه، لأنه قد عتق بعتق أمه، وإن رقت الأم بالعجز ولم يكن في كسب الولد وفاء بالأداء ملك السيد أكساب الولد، لأنه قد رق برق أمه، وإن كان في كسب الولد حين عجزت وفاء بمال كتابتها، ففي استحقاقها له عند وقفه ليتحرر عتقها بأدائه قولان:

أحدهما: لا يستحقه، لأنه موقوف بين الولد والسيد، فلم يكن للأم فيه حق.

والقول الثاني: تستحقه في تحرير عتقها، لأنه وقف طلباً لحظ الولد إن أعتق، فإذا أخذته الأم فمعتق كان أحظَّ للولد من أن يأخذه السيد فيرق.

فأما إن مات هذا الولد، وكسبه موقوف قبل أن يعتق، أو يرق ففي مستحق كسبه قولان مبنيان على مستحق قيمته، لو قتل:

أحدهما: يكون لأمه إذا قيل: إن قيمته لها.

والثاني: لسيده إذا قيل إن قيمته له.

فصل: والفصل الثالث من أحكام الولد في نفقته، وله حالتان:

إحداهما: أن يكون مكتسباً، فتكون نفقته في كسبه، لأن للمكتسب ما فضل عنها.

والحال الثانية: أن يكون غير مكتسب، فهي معتبرة بمستحق كسبه، فإن قيل: إن الأم تستحقه كانت النفقة عليها، وإن قيل: يكون موقوفاً، فعلى وجهين:

أحدهما: أن نفقته على سيده، لكونه على ملكه.

والوجه الثاني: في بيت المال في سهم المصالح، لأنه منها وهكذا لو مات كانت مؤونته ودفنه على هذين الوجهين.

فصل: والفصل الرابع من أحكام الولد أن يعتقه السيد وعتقه معتبر بأيهما يملك كسبه، فإن قيل: إن كسبه للأم لم ينفذ عتق السيد لما في عتقه من تفويت كسبه عليها.

وإن قيل: إن كسبه للسيد نفذ عتقه، كعتق غيره من عبيده، وإن قيل: كسبه موقوف، ففي نفوذ عتقه وجهان مخرجان من اختلاف قوليه في عجز الأم هل تستحق إتمام كتابتها بكسبه؟ فإن قيل: لها إتمام كتابتها بكسبه لم ينفذ عتق السيد، وإن قيل: ليس لها ذلك نفذ عتق السيد، وكذلك لو كاتبه السيد كانت كتابته مبنية على نفوذ عتقه تصح إن جاز عتقه وتبطل إن رد عتقه، فإذا صحت كتابته عتق بأسبق الأمرين من أدائه وأداء أمه، لأنه إذا أعتق بانفراد كل واحد منهما وجب أن يتحرر عتقه إذا اجتمعا بوجود أسبقهما، فإن سبق أداؤه على أداء أمه عتق بأدائه عن كتابته، وإن سبق أداء أمه على أدائه عتق بأداء أمه تبعاً، وبطلت كتابلته بعتقه.

فصل: والفصل الخامس من أحكام الولد أن تكون بنتاً فيطؤها السيد، فلا حد عليه لأنها ملكه، والولد حُرٌّ لَاحِقٌ به، ولا قيمة عليه لعلوقه حراً، لأنه من أمته، وقد صارت به أم ولد، وهي على كتابتها تعتق بأعجل الأمرين من أدائها أو موت سيدها، ووجوب مهر المثل عليه مبني على حكم الكسب فيكون على ثلاثة أقاويل:

أحدها: لا مهر عليه إذا قيل إن الكسب له.

والثاني: عليه مهر مثلها للأم، إذا قيل: إن الكسب للأم يؤديه إليها، تستعين به في كتابتها.

والثالث: يوقف مهر مثلها إذا قيل: إن الكسب موقوف، فعلى هذا في كيفية وقفه وجهان:

أحدهما: يوقف بعد قبضه من السيد.

والثاني: يوقف في ذمة السيد، وهو على الأحوال الثلاثة كلها ممنوع من وطء هذا الولد إذا جعل تبعاً لأمه سواء وجب عليه المهر أو سقط عنه، لقصور ملكه، ولمصيره في حكم أمه.

فأما ولد ولد المكاتبة فقد قال الشافعي: ولد البنات كالبنات، وولد البنين كالأمهات، وهذا صحيح، لأن ولد البنت تبع لها في الحرية والرق، وولد الابن تبع لأمه في الحرية والرق، فلذلك صار ولد البنات كالبنات، وولد البنين كالأمهات.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَهُوَ مَمْنُوعٌ مِنْ وَطْءِ مُكَاتَبَتِهِ فَإِنْ وَطِئَهَا طَائِعَةً فَلَا حَدَّ وَيُعَزَّرَانِ وَإِنْ أَكْرَهَهَا فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا (قال المزني) وَيُعَزَّرُ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، ليس للسيد وطء مكاتبته، لأنها بالكتابة خارجة عن تصرفه، ومالكة لتصرف نفسها، وبذلك فارقت أم الولد والمدبرة، لبقائها على تصرف السيد، فجاز له وطؤها. فإن وطىء السيد مكاتبته فلا حد عليهما، لأن بقاء رقه عليها من أقوى الشبه في سقوط الحد عنهما، سواء علما بالتحريم أو لم يعلما، لكن إن علما بالتحريم عزرا، وإن لم يعلما لم يعزرا، وإن علم به أحدهما وجهله الآخر عزر العالم منهما دون الجاهل، وعليه لها مهر مثلها، لأنها قد ملكت بالكتابة كسبها، والمهر كسب فيقدره الحاكم ويتقاصا به من مال الكتابة إن كان من جنسها، ولا يتقاصا به إن كانا من جنسين.

فإن أحبلها كان ولدها حراً لاحقاً به، لبقاء رقه عليها، ولا قيمة عليه لولدها لحريته عند علوقه، لأنه ابن أمته، وصارت أم ولد، ولا يؤثر ذلك في كتابتها، ويعتق عليه بأعجل الأمرين من أدائها أو موته.

فصل: وأما المزني، فحكى عن الشافعي: إن أكرهها فلها مهر مثلها، فكان دليله: أنها إن طاوعته فلا مهر لها ففرق المزني في مهر الكتابة بين المكرهة والمطاوعة.

وحكى الربيع في كتاب «الأم» عن الشافعي أن عليه مهر مثلها طائعة أو كارهة

وإنما فرَّق الشافعي بين الطائعة والكارهة في التعزير، فجعله المزني فرقاً بينهما في المهر فاختلف أصحابنا فيما خرجه المزني في المهر من الغرة بين الطائعة والكارهة فخرجه بعضهم قولاً ثانياً وإجراه مجرى الراهن إذا أذن للمرتهن في وطء الجارية المرهونة، أن المهر على قولين، لأن الطائعة آذنة في الإصابة، فوجب أن يكون مهرها على قولين، وامتنع سائر أصحابنا من تخريج ما ذهب إليه المزني، وسووا في وجوب المهر بين الطائعة والكارهة، لأنه لما استوى حكم الطائعة والكارهة في سقوط الحد، وجب أن يستويا في وجوب المهر، كالنكاح الفاسد، يجب المهر بالإصابة للطائعة والكارهة، لاستوائهما في سقوط الحد، فإذا ثبت وجوب المهر في المطاوعة والإكراه فأصابها مراراً نظر، فإن كان قبل غرم المهر فليس لها إلا مهر واحد، وإن كثرت الإصابة لتداخل بعضها في بعض، وإن كان بعد غرم المهر بالإصابة الأولى فعليه مهر ثان بما تجدد من الإصابة بعد الغرم، وكذلك في النكاح الفاسد.

ومثاله: السارق إذا تكررت منه السرقة، فإن كان بعد قطع السرقة الأولى قطع للثانية، وإن كان قبل أن يقطع للأولى قطع قطعاً واحداً للأولى والثانية.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي وَلَدِهَا فَقَالَتْ وَلَدْتُ بَعْدَ الكِتَابَةِ وَقَالَ السَّيِّدُ بَلْ قَبْلُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ».

قال الماوردي: وهذا الاختلاف إنما يتصور إذا قيل: إنه مرقوق، فإذا اختلفا فقالت المكاتبة: ولدت ولدي هذا بعد كتابتي، فهو تبع لي يعتق بعتقي، وقال السيد: بل ولدتِهِ قبل الكتابة، فهو عبدي واحتمل ما قالاه وعدمت البينة فيه، فالقول قول السيد مع يمينه لأمرين:

أحدهما: أن أصله الرق، فلم يزل عنه إلا بيقين.

والثاني: أنه إن حرر في وقت الكتابة دون الولادة، ونحن على يقين من حدوثها، وفي شك من تقدمها فكان حكم اليقين أولى من حكم الشك، فإن حلف السيد على ما ادعاه كان الولد خارجاً من حكم الكتابة، وهو عبد لسيده، لا يعتق بعتق أمه، وإن نكل السيد عن اليمين ردت على الأم وصار تبعاً لها إذا حلفت، وإن نكلت عن اليمين ففي ردها على الولد بعد بلوغه وجهان:

أحدهما: ترد عليه ويصير تبعاً لأمه إن حلف.

والوجه الثاني: لا ترد لخروجه من اختلافهما وبجهله بكتابتها، ويحكم بقول السيد عن نكول الأم ويكون عبداً. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي وَلَدِ الْمُكَاتَبِ مِنْ أَمَتِهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُكَاتَبِ».

قال الماوردي: وفي صورة هذه المسألة مضمر محذوف، ولكن حمل اختلافهما على عموم ظاهره، لأن ولد المكاتب من حرة حر، لا يصح منهما الاختلاف فيه وولده من أمة السيد ملك للسيد ولا يصح منهما الاختلاف فيه، وولده من أمته ملك له يعتق بعتقه، ولا يصح منهما الاختلاف فيه وإنما المسألة مصورة في السيد، إذا زوج عبده من أمته، ثم كاتب العبد وباع عليه زوجته، فيبطل نكاحها بابتياعه، ويكون أولاده قبل الابتياع ملكاً للسيد، وبعد الابتياع ملكاً له يعتقون بعتقه فإن اختلفا في الولد فقال السيد: ولدته قبل الابتياع فهو عبدي، وقال المكاتب: بل ولدته بعد الابتياع فهو ملكي، ويعتق بعتقي، وأمكن ما قالا، فإن كانت لأحدهما بينة عمل عليها، وبينة المكاتب شاهدان لا غير لأنها بينة لإثبات عتق، وبينة السيد شاهدان وامرأتان، أو شاهد ويمين لأنها بينة لإثبات ملك، فإن عدما البينة فالقول قول المكاتب مع يمينه دون السيد لأنه مدع ملكاً وله عليه يد، فصار بيده أقوى من السيد.

والفرق بين ولد المكاتبة حيث جعلنا القول فيه قول السيد وبين ولد المكاتب حيث جعلنا القول فيه قول المكاتب أن المكاتبة لا تملك ولدها، فلم يكن لسيدها عليه تأثير، والمكاتب يملك ولده فكان ليده عليه تأثير، والله أعلم.

بَابُ المُكَاتَبَةِ بَيْنَ اثْنَيْنِ يَطَؤُهَا أَحَدُهُمَا أَوْ كِلاَهُمَا

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا وَطِئَهَا أَحَدُهُمَا فَلَمْ تَحْبَلْ فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا يُدْفَعُ إِلَيْهَا فَإِنْ عَجَزَتَ قَبْلَ دَفْعِهِ كَانَ لِلَّذِي لَمْ يَطَأْهَا نِصْفُهُ مِنْ شَرِيْكِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا كانت المكاتبة بين شريكين لم يكن لواحد منهما أن يطأها لأمرين:

أحدهما: أنه لما لم يجز وطء المشتركة إذا كانت أمة، فأولى أن لا يجوز إذا كانت مكاتبة.

والثاني: أنه لما لم يجز وطء المكاتبة إذا كانت لواحد، فأولى أن لا يجوز وطؤها إذا كانت مشتركة، فإن وطئها أحدهما فلا حد عليه ولا عليها، لشبهة الملك فيها، لكن يعزر منهما من علم بالتحريم، ولا يعزر من جهل، وعليه مهر مثلها تستعين به في كتابتها، لأنه من كسبها، فإن لم يحل عليها مال الكتابة تعجلت مهرها من الواطىء، فإذا حل عليها مال الكتابة فأدت عتقت، وإن عجزت رقت، وإن كان مال الكتابة قد حل عند وجوب المهر على الواطىء نظر، فإن كان معها مثله دفعته إلى الشريك الذي لم يطأ وكان المهر قصاصاً من حق الواطىء، وإن لم يكن معها غيره أخذت من الواطىء نصف مهرها، ودفعته إلى الذي لم يطأ، وكان النصف الآخر قصاصاً من حق الواطىء ليتساوى الشريكان فيه، ولا يختص به أحدهما، ولو كان المهر باقياً على الواطىء بحاله حتى عجزت ورقت، نظرت فإن كان بيدها بعد العجز مثل المهر أخذه منها الشريك الذي لم يطأ، وبرىء الواطىء من المهر، لأنه قد صار من حقه وإن لم يكن بيدها بعد العجز شيء برىء الواطىء من نصف المهر، وكان عليه أن يسوق نصفه إلى الشريك ليستويا فيه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ حَبَلَتْ وَلَمْ تَدَّعِ الاسْتِبْرَاءَ فَاخْتَارَتْ العَجْزَ أَوْ مَاتَ الوَاطِىءُ فَإِنَّ لِلَّذِي لَمْ يَطَأْ نِصْفَ المَهْرِ وَنِصْفَ قِيمَتِهَا عَلَى الوَاطِىءِ (قال المزني) وَيَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ حُرَّةً بِمَوْتِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا وطئها أحد الشريكين فأحبلها، ولم تدَّع

استبراءها لحق به ولدها لأنها قد صارت بشبهة الملك وسقوط الحد فراشاً، ويكون نصفها له أم ولد، والكتابة في جميعها بحالها، ثم لا يخلو حال المحبل من أن يكون موسراً أو معسراً فإن كان معسراً لم يسر الإحبال إلى حصة الشريك، ولم تقوم عليه، وروعي ما يكون من أدائها، فإن أدت إليها عتقت، وكان عتقها متحرراً بالكتابة، وبطل أن تكون في حكم أم الولد وإن عجزت عادت حصة الشريك رقيقاً، وصارت حصة المحبل أم ولد تعتق بموته، ولا يقوم باقيها في تركته، بل تكون على رق شريكه، فلو مات هذا المحبل قبل أداء الكتابة وعجزها عتقت حصة المحبل، وبطلت الكتابة فيها، وكان باقيها على كتابته، وَلِوَارِثِ المحبل أن يرجع عليها بنصف ما بيدها وقت موته، فأما الولد مع إعسار الأب فنصفه حر، لأنه قدر حصته منه، وفي تقويم نصف الباقي عليه وجهان:

أحدهما: يقوم عليه، وإن كان معسراً، لأنه في حكم المستهلك، ويصير جميع الولد حراً لوقته.

والوجه الثاني: أنه لا يقوم عليه إذا كان معسراً، كما لا تقوم عليه الأم مع الإعسار، فعلى هذا يكون في نصفه الباقي وجهان:

أحدهما: أن يكون موقوفاً للشريك.

والوجه الثاني: يكون تبعاً لأمه، ويعتق إن عتقت، فهذا حكم المحبل إذا كان معسراً.

فصل: وإن كان المحبل موسراً لزم تقويم الباقي عليه، وسرى حكم الإيلاد إليه، وهل يقوم عليه في الحال أو يكون تقويمه موقوفاً على عجزها؟ على قولين:

أحدهما: أنها تقوم في الحال، تغليباً للإيلاد على الكتابة، للزوم حكمها.

والقول الثاني: يكون تقويمه موقوفاً على العجز، تغليباً لحكم الكتابة على الإيلاد، لتقدمه فإن قلنا بتقويمها في الحال فبلت كتابتها في حصة الشريك، لزوال ملكه بالتقويم وكانت الكتابة في حصة المحبل باقية، لأنه لا يتنافى اجتماع الكتابة والإيلاد، فعلى هذا إن أدت كتابتها في حصة المحبل عتقت وسرى العتق إلى جميعها، كما لو باشر عتق بعضها، وإن عجزت بطلت كتابتها، وصار جميعها أم ولد.

فأما الولد على هذا فقد كان نصفه حراً بالملك، وصار باقيه حراً بالسراية، وهل تلزمه قيمته للشرك أم لا؟ معتبر بحال وضعه، وهو لا يخلو من أحد أمرين، إما أن تضعه قبل دفع القيمة أو بعدها.

فإن وضعته بعد أن دفع إلى الشريك قيمة حصته منها، فليس عليه قيمة الولد،

لأنها وضعته بعد استقرارها على ملكه، وإن وضعته قبل دفع القيمة فعلى قولين، مبنيين على اختلاف القولين، فيما تصير به حصة الشريك أم ولد:

فأحد القولين: أنها تصير أم ولد في جميعها بالإحبال، فعلى هذا لا تلزمه قيمة حصة الشريك في الولد، لأنها وضعته بعد أن صارت أم ولد له.

والقول الثاني: أن باقيها لا يصير أمَّ ولد إلا بالإيلاد ودفع القيمة، فعلى هذا تلزمه قيمة حصة الشريك من الولد، لثبوت رقه عليه، وإن قلنا: إن تقويمها موقوف على عجزها عن الكتابة لم يخل حالها من أحد أمرين:

إما أن تؤدي، أو تعجز.

فإن أدت كتابتها إليهما عتق جميعها بالكتابة، وبطل حكم الإيلاد، فأما ولدها فلا يوقف وتقوم حصة الشريك فيه على الأب، ويتحرر عتق جميعه، وإن عجزت الأم عن الكتابة انفسخت الكتابة في حق الشريك الذي لم يحبل، ولم يجز أن يقيم عليها لما تعلق بها من حق المحبل في تقويمها عليه، فتقوم عليه حصة شريكه، وتصير جميعها أم ولد له ثم لها وللمحبل حالتان:

إحداهما: أن يتفقا على الإنظار بالكتابة في حقه، فيجوز ذلك لهما إذا تراضيا به، لأنه لا يتعلق بالكتابة حق لغيرها، بخلاف الشريك الذي لم يحبل أو تكون الكتابة باقية في نصفها وهو حق المحبل، وباطلة في النصف الباقي، وهو حق الذي لم يُحْبِلَ فإن أدت عتق نصفها بالكتابة وباقيها بالسراية، وإن عجزت فسخت الكتابة، وكان جميعها أم ولد.

والحال الثانية: أن لا يتفقا على الإنظار بل يختلفا فيه، فالكتابة تنفسخ بينهما، لأن المكاتَبَةَ لا يلزمها المقام على العقد، والسيد لا يلزمه الإنظار بالمال، فأيهما دعا إلى الفسخ بعد العجز انفسخت به الكتابة، وإذا انفسخت استقر بعد فسخها حكم الولادة، وصار جميعها أم ولد يعتق بموت السيد.

فأما الولد فيلتزم الأب قيمة نصفه لشريكه، ويتحرر عتق جميعه على ما ذكرنا، والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ وَطِئَاهَا فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَهْرُ مِثْلِهَا فَإِنْ عَجَزَتْ تَقَاصَّا المَهْرَيْنِ».

قال الماوردي: وقد مضى الكلام في وطء أحد الشريكين، فأما إذا وطئها الشريكان معاً فلا حد على واحد منهما، وإن كان محظوراً، لما ذكرناه من شبهة

الملك، ويعزرا إن علما بالحظر وعلى كل واحد منهما مهر مثلها يدفعانه إليها، تستعين به في كتابتها، فإن تحرر عتقها بالأداء استقر مهرها على كل واحد منهما، وكان لها إن لم تقبضه أن تستوفيه بعد العتق، وإن عجزت ورقت فلها في مهرها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكونا قد دفعاه إليها فلا رجوع لهما عليها إلا بما وجداه في يدها.

والحال الثانية: أن يكون قد دفعه أحدهما دون الآخر فيرجع الدافع بما في يدها بنصف المهر، ويشتركان في باقيه، فيرجع شريكه الذي لم يدفع بنصف ما عليه من المهر ويبرأ من باقيه.

والحال الثالثة: أن يكون المهر باقياً عليها، فيستحق كل واحد منهما على صاحبه الرجوع بنصف المهر الذي عليه، وهل يكون ذلك قصاصاً أم لا؟ على ما قدمناه من الأقاويل الأربعة، فإن لم نجعله قصاصاً، أعطى كل واحد منها نصف ما عليه واستوفى نصف ماله، وليس لواحد منها أن يحبس ما عليه ليستوفي ماله، والمبتدىء بالمطالبة هو المبتدىء بالاستيفاء، وإن جعلنا ذلك قصاصاً، فإن تساوى المهران برئا بالقصاص، وإن تفاضل المهران لجواز أن يكون قد وطئها أحدهما بكراً والآخر ثيباً، سقط الأقل من الأكثر. ورجع مستحق الزيادة بها على صاحبه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ كَانَتْ حَبَلَتْ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَطْءِ الثَّانِي وَلَمْ يَسْتَبْرِئْهَا الأَوَّلُ فَهُوَ وَلَدُهُ وَعَلَيْهِ نِصْفُ قِيمَتِهَا وَنِصْفُ مَهْرِهَا وَفِي نِصْفِ قِيمَةِ وَلَدِهَا قَوْلاَنِ أَحَدُهُمَا يَغْرَمُهُ وَالآخَرُ لاَ غُرْمَ عَلَيْهِ لأَنَّ العِتْقَ وَجَبَ بِهِ (قَالَ المُزَنِيُّ) القِيَاسُ عَلَى مَذْهَبِهِ أَنْ لَيْسَ عَلَيْهِ إِلاَّ نِصْفُ قِيمَتِهَا دُونَ نِصْفِ قِيمَةِ الوَلَدِ لأَنَّهَا بِالحَبَلِ صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ) فِي الوَاطِىءِ الآخَرِ قَوْلاَنِ، أَحَدُهُمَا يَغْرَمُ نِصْفَ مَهْرِهَا لأَنَّهَا لاَ تَكُونُ أُمَّ وَلَدٍ لِلحَملِ إِلاَّ بَعْدَ أَدَاءِ نِصْفِ القِيمَةِ وَالآخَرُ جَمِيعُ مَهْرِ مِثْلِهَا (قال المزنيُّ) هَذَا أَصَحُّ لأَنَّهُ وَطِىءَ أُمَّ وَلَدٍ لِصَاحِبِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا حبلت بعد وطء الشريكين، وجاءت بولد لم يخل حاله من أربعة أقسام:

أحدها: أن ينتفي عنهما.

والثاني: أن يلحق بالأول دون الثاني.

والثالث: أن يلحق بالثاني، دون الأول.

والرابع: أن يمكن لحوقه بكل واحد منهما.

فأما القسم الأول: وهو أن ينتفي عن كل واحد منهما، وذلك في إحدى ثلاثة أحوال:

إما أن تضعه لأقل من ستة أشهر من إصابته، فلا يلحق به، لأن أقل الحمل ستَّة أشهر.

وإما أن تضعه لأقل من أربع سنين من إصابته فلا يلحق به لأن أكثر الحمل أربع سنين.

وإما أن تضعه لأكثر من ستة أشهر من إصابته وقد استبرأها، فلا يلحق به، لارتفاع فراشه بالاستبراء فإذا انتفى الولد عنها في هذه الأحوال الثلاثة كان في حكم ولد المكاتبة من زوج أو زنى، فيكون على ما ذكرناه من القولين:

أحدهما: يكون عبداً مرقوقاً للسيدين.

والثاني: يكون تبعاً لأمه يعتق بعتقها، ويرق برقها، ويكون على كل واحد من السيدين مهر مثلها بإصابته تستعين به في كتابتها على ما بيناه.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن يلحق الولد بالأول دون الثاني، وذلك بأن تضعه لستة أشهر فصاعداً من إصابة الأول، ودون أربع سنين من غير استبراء أو لأقل من ستة أشهر من إصابة الثاني، فيكون لاحقاً بالأول دون الثاني، ويكون في حكم الولد، وكونها أم ولد في نصفها وفي تقويم باقيها على ما قدمناه من اعتبار يساره وإعساره، فإن كان معسراً فلا تقويم عليه، وعلى كل واحد منهما مهر مثلها، تستعين به في كتابتها، وإن عجزت سقط عن كل واحد منهما نصف المهر، إن لم يكونا قد دفعاه وتقاصا النصف الباقي على ما ذكرناه، وإن كان الأول موسراً قُوِّمَ عليه نصفها الباقي، وفيه قولان:

أحدهما: يكون التقويم موقوفاً على العجز، فعلى هذا يكون المهر واجباً على الثاني للمكاتبة تستعين به في كتابتها.

والقول الثاني: أنها تقوم على الأول، لوقتها، ولا ينتظر بالتقويم عجزها، فعلى هذا هل يصير المقوم منها أم ولد بنفس الإيلاد أو به ويدفع القيمة؟ على قولين:

أحدهما: يصير النصف المقوم عليه أم ولد بنفس الإيلاد، كما صار ما ملكه منها أم ولد بنفس الإيلاد، فعلى هذا لا تلزمه قيمة النصف الباقي من ولده، ويكون مهر المثل الواجب على الثاني نصفه واجب للأول، لبطلان الكتابة فيه بالتقويم، والنصف الآخر يكون لها إن عتقت وللأول إن رقت، وهذا هو اختيار المزني.

والقول الثاني: أن النصف المقوم منها لا يصير أم ولد للأول إلا بدفع القيمة بعد الإيلاد فعلى هذا يلزم الأول نصف قيمة ولده، ويكون مهر المثل الواجب على الثاني بوطئه للمكاتبة، تستعين به في كتابتها، فإن عجزت قبل دفعه سقط عنه نصفه، وكان النصف الباقي للأول، وعليه مثله فيتقاصّانه على ما قدمناه، وهذا القسم هو مسطور المسألة.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يلحق الولد الثاني دون الأول، بأن تضعه إما لأكثر من أربع سنين من وطء الأول، أو لستة أشهر فصاعداً بعد استبرائه، فلا يلحق بالأول نصفه لستة أشهر فصاعداً بعد وطء الثاني، ولا تدعي استبراء فيلحق بالثاني فيكون ما يلزم الأول من مهر مثلها جارياً على حكمه لو لم يحبلها الثاني، وما يلزم الثاني في تقويم الأم، وحكم الولد والمهر جارياً على حكم لحوقه بالأول، وذلك بأن يصير نصفها له أم ولد لوقته، ولا يبطل فيه الكتابة، ثم يعتبر حال يساره وإعساره، فإن كان معسراً لم يقوّم عليه النصف الباقي، وكان على كتابته للأول، وكان نصف الولد حراً، وفي نصفه الثاني وجهان:

أحدهما: حر وعلى أبيه قيمته للأول يؤديها إذا أيسر.

والثاني: مرقوق، وهل يتبع أمه في حصة الأول إن عتقت بالأداء؟ على قولين مضيا، والكلام في المهر على ما مضى، وإن كان موسراً قوم عليه النصف الآخر، وهل يقوم في الحال أو بعد العجز؟ على ما مضى من القولين:

أحدهما: يقوم بعد العجز فعلى هذا تلزمه قيمة نصف الولد.

والقول الثاني: يقوم لوقته في الحال، فعلى هذا في وجوب قيمته نصف الولد قولان من اختلاف قوليه في الوقت الذي يصير نصفها الباقي منه أم ولد.

فإن قيل: بالإيلاد فلا قيمة عليه للولد.

وإن قيل بأداء القيمة بعد الإيلاد فعليه نصف قيمة الولد، وتبطل الكتابة في النصف المقوم، ولا تبطل في النصف الباقي، فيراعى حالها في الأداء والعجز، فإن عجزت صار جميعها أم ولد، وإن أدت عتق جميعها، نصفها بالكتابة، ونصفها بالسراية، فأما القسم الرابع فيأتي مسطوراً من بعد.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَطْءِ الآخَرِ مِنْهُمَا كِلاهُمَا يَدَّعِيهِ أَوْ أَحَدُهُمَا وَلاَ تَدَّعِي اسْتِبْرَاءً فَهِيَ أُمُّ وَلَدِ أَحَدِهِمَا فَإِنْ عَجَزَتْ أُخِذَ بِنَفَقَتِهَا وَأُرِيَ القَافَةَ فَبِأَيِّهِمَا أَلْحَقُوهُ لَحِقَ فَإِنْ أَلْحَقُوهُ بِهِمَا لَمْ يَكُنْ ابْنَ وَاحِدٍ

مِنْهُمَا حَتَّى يَبْلُغَ فَيَنْتَسِبَ إِلَى أَحَدِهِمَا وَتَنْقَطِعَ عَنْهُ أُبُوَّةُ الآخَرِ وَعَلَيْهِ لِلَّذِي انْقَطَعَتْ أُبُوَّتُهُ نِصْفُ قِيمَتِهَا إِنْ كَانَ مُوْسِراً وَكَانَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً فَنِصْفُهَا لِشَرِيكِهِ بِحَالِهِ وَالصَّدَاقَانِ سَاقِطَانِ عَنْهُمَا».

قال الماوردي: وهذه المسألة هي القسم الرابع من الأقسام الماضية، وهو أن يمكن لحوق الولد بكل واحد منهما، وذلك بأن تضعه لأقل من أربع سنين من وطء الأول، ولستة أشهر فصاعداً من وطء الثاني، وليس فيها من يدَّعي الاستبراء فيحتمل أن يلحق بالأول، لأنها وضعته لأقل من أكثر الحمل، ويحتمل أن يلحق بالثاني، لأنها وضعته لأكثر من أقل الحمل وإذا احتمل الأمرين عرض الولد على القافة ليلحقوه بأحدهما، فإن ألحقوه بالأوَّل كان الحكم فيه على ما مضى في القسم الثاني، وإن ألحقوه بالثاني كان الحكم فيه على ما مضى في القسم الثالث، وإن أشكل على القافة وقف الولد على الانتساب إلى أحدها، وفي زمان انتسابه قولان:

أحدهما: إذا استكمل سبع سنين في الحال التي يخير فيها بين أبويه، لأنه ينقاد بطبعه.

والقول الثاني: البلوغ لأنه لا حكم لقوله قبل بلوغه، فإذا انتهى إلى زمان الانتساب قيل له: انتسب إلى أحدهما بطبعك المائل إليه، فإن الأنساب تتعاطف.

روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إِنَّ الرَّحِمَ إِذَا تَمَاسَّتْ تَعَاطَفَتْ» فإذا انتسب إلى أحدهما لحق به، وانقطعت عنه أبوّة الآخر، ويكون حكم من لحق به، وانتفى عنه على ما قدمناه.

فصل: فإذا تقرر أن الأمر فيه موقوف على هذا الانتساب تعلق بزمان الوقف ثلاثة أحكام:

فالحكم الأول: في كتابة الأم، وذلك معتبر بحال الواطِئَيْنِ فإنهما لا يخلوان فيها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكونا موسرين.

والثاني: أن يكونا معسرين.

والثالث: أن يكون أحدهما معسرا والآخر موسراً، فإن كانا موسرين كانت كتابتهما على قولين:

أحدهما: أنها باقية بحالها في جميعها، ويملك جميع كسبها، ويأخذ كل واحد منها بجميع مهرها، تستعين به في أداءِ كتابتها، فإذا أدت عتقت وإن عجزت كانت أم ولد، لأحدهما، توقف على البيان ولا تعتق إلا بآخرهما موتاً، إن ماتا قبل البيان.

والقول الثاني: أن الكتابة في نصفها قد بطلت وبقيت في النصف الآخر ويكون نصف كسبها موقوفاً على من تصير له أم ولد، والنصف الآخر لها تستعين به في كتابتها، فإن أدت تحرر عتق جميعها، نصفها بالكتابة، ونصفها بالسراية، وإن عجزت كانت أم ولد لأحدهما، لا بعينه فيوقف أمرها فيه، وفي الفاضل من كسبها بعد العجز وفي النصف المرقوق من الكسب على ما يتجدد من البيان فيما بعد، وإن كانا معسرين فنصفها يكون في حكم أم الولد، والكتابة في جميعها باقية، والأداء يكون إليها، فإن عتقت به بطل حكم الإيلاد وإن عجزت كان نصفها أم ولد ونصفها مرقوقاً، وتوقف على البيان فإن مات أحدهما لم يعتق، وإن ماتا عتق نصفها بموت آخرهما، وكان النصف المملوك موقوفاً على البيان، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً فلا تقويم على الموسر لجواز أن يكون الولد من المعسر وتكون الكتابة بحالها، كما لو كانا معسرين، لأنها على الصحة فلا تفسخ بالجواز.

فصل: والحكم الثاني: في الولد وهو معتبر بحالهما في اليسار والإعسار فإنهما لا يخلوان من الأحوال الثلاث:

أحدها: أن يكونا موسرين، فيكون جميع الولد حُرًّا.

والثاني: أن يكونا معسرين، فنصف الولد حر، وفي نصفه الآخر وجهان:

أحدهما: يكون حراً ويتحرر عتق جميعه، ويجري مجرى أحكام الأحرار.

والوجه الثاني: يكون مملوكاً يجري على نصفه حكم الحرية، وعلى نصفه حكم الرق.

فإن اجتمع الواطئان على بيع نصفه المرقوق جاز ووقف ثمنه على مستحقه منهما وإن تفرد أحدهما ببيع نصفه لم يجز لجواز أن يكون أباً.

والثالث: أن يكون أحدهما موسراً والآخر معسراً فيكون نصفه حراً وفي نصفه الآخر وجهان:

أحدهما: يكون حراً، ويتحرر عتق جميعه ويجري عليه أحكام الحرية.

والوجه الثاني: أن يكون موقوفاً فإن لحق بالموسر كان حراً، وإن لحق بالمعسر كان مملوكاً، ولو اجتمعا على بيعه لم يجز لتردده بين الحرية والرق.

فصل: والحكم الثالث: في النفقة، وهما نفقتان: نفقة الولد، ونفقة الأم.

فأما نفقة الولد فمعتبرة بأحواله الثلاث:

أحدها: أن يحكم بحرية جميعه، فيؤخذان جميعاً بنفقته، فلو ألحق بأحدهما رجع الآخر عليه بما أنفق.

والثاني: أن يحكم بحرية نصفه ورق نصفه، فيؤخذان جميعاً بها، ولا رجوع لأحدهما على صاحبه إذا لحق به لأن الآخر يصير مالكاً لرقه.

والثالث: أن يحكم بحرية نصفه ووقوف نصفه فيؤخذان جميعاً بنفقته، فإن ألحق بالموسر وبَانَ باقيه حراً رد على صاحبه ما أنفق، وإن لحق بالمعسر وبان باقيه مملوكاً فلا تراجع بينهما.

وأما نفقة الأم فإنها معتبرة بحالها وهي تنقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون قد تحرر عتق جميعها بالأداء، فنفقتها ساقطة عنها، **فلا يؤخذ** واحد منهما بها.

والقسم الثاني: أن يكون جميعها قد صار أم ولد، لعجزها وليسار الواطئَيْنِ فنفقتها واجبة، ويؤخذان جميعاً بها.

فإذا بَانَ أنها أم ولد لأحدهما بعينه رجع الآخر عليه بما أنفق.

والقسم الثالث: أن يكون نصفها أم ولد ونصفها مملوكاً لعجزها وإعسار الواطئَين، فنفقتها واجبة عليهما ومستقرة بينهما، ولا رجوع لواحد منهما على صاحبه بعد البيان لأنها إذا صار نصفها أم ولد لأحدهما فقد صار نصفها الباقي مرقوقاً للآخر، فاستويا في التزامها فسقط التراجع.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ جَاءَتْ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِوَلَدٍ يَدَّعِيْهِ وَلَمْ يدَّعِهِ صَاحِبُهُ فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ مُوسِراً أَدَّى نِصْفَ قِيمَتِهَا وَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ وَعَلَيْهِ نِصْفُ مَهْرِهَا لِشَرِيكِهِ وَالْقَوْلُ فِي نِصْفِ وَلَدِهَا كَمَا وَصَفْتُ وَيُلْحَقُ الوَلَدُ الآخَرُ بِالوَاطِىءِ الآخَرِ وَعَلَيْهِ مَهْرُهَا كُلُّهُ وَقِيمَةُ الوَلَدِ يَوْمَ سَقَطَ تَكُونُ قِصَاصاً مِنْ نِصْفِ قِيمَةِ الجَارِيَةِ وَإِنَّمَا لَحِقَ وَلَدُهَا بِهِ بِالشُّبْهَةِ (قَالَ المُزَنِيُّ) وَقَدْ مَضَى قَوْلُهُ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ بِمَا قُلْتُ لأَنَّهُ لَوْ لَمْ تَكُنْ لِلأَوَّلِ أُمَّ وَلَدٍ إِلاَّ بَعْدَ أَداءِ نِصْفِ القِيمَةِ لَمَا كَانَ عَلَى المُحْبِلِ الثَّانِي جَمِيعُ مَهْرِهَا وَلاَ قِيمَةُ وَلَدِهِ مِنْهَا فَتَفَهَّمْ ذَلِكَ».

قال الماوردي: وهذه المسألة مصورة في وطء الشريكين إذا وضعت منهما ولدين، وتعين ولد الأول منهما وولد الثاني من غير اختلاف ولا دعوى استبراء، فيلحق بكل واحد منهما ولده، ويعزَّران إن علما، ولا يُحَدَّان لما ذكرنا، وقد صورها

الشافعي في «الأم» إذا رقت بالعجز، لأن حكمها إن لم تعجز مبني عليه ومحكوم فيه بما أوضحناه في الولد الواحد وإذا كان الأمر كذلك اعتبرت حال الواطِئَيْنِ فإنهما لا يخلوان من أربعة أقسام.

إما أن يكونا موسِرَيْنِ.

أو يكونا مُعْسِرَيْنِ.

أو يكون الأول موسراً والثاني معسراً.

أو يكون الأول معسراً والثاني موسراً.

فأما القسم الأول: وهو أن يكونا موسرين، فنبدأ بحكم الأول، ثم حكم الثاني.

أما الأول فولده حر كله، وعليه نصف المهر وتصير حصته منها وهي النصف أم ولد له، ويقوَّم عليه باقيها وهو النصف ليصير جميعها أم ولد له، وفيما يصير به ما يقوم منها أم ولد ثلاثة أقاويل:

أحدها: بالإحبال.

والثاني: بأداء القيمة.

والثالث: موقوف مراعىً فإن دفع القيمة عُلم أنها أم ولد بالعلوق، وإن لم يدفعها علم أنَّ لم تكن بذلك أم ولد، وأما قيمة نصف الولد فإن وضعته بعد دفع القيمة لم يلزمه وكان جميعه حراً من غير تقويم، وإن وضعته قبل دفع القيمة فإن جعلت أم ولد بالإحبال لم يلزمه قيمته، وإن جعلت أم ولد بدفع القيمة لزمه نصف قيمته لشريكه.

وأما الثاني فإن كان وطؤه بعد أن جعلنا جميعها أم ولد للأولى، فعليه جميع المهر، وجميع قيمة الولد، ولا تكون حصته منها أم ولد له، لأنها قد صارت بالتقويم أم ولد للأول وإن كان وطؤه قبل أن جعلنا جميعها أم ولد للأول فعليه نصف المهر ونصف قيمة الولد.

وأما القسم الثاني: وهو أن يكونا معسرين فيجب على الأول نصف مهرها، ويكون نصفها أم ولد له، ولا يقوم عليه باقيها، ونصف ولده حر وفي باقيه وجهان:

أحدهما: حر وعليه قيمته إذا أيسر.

والثاني: مملوك للشريك ويكون على الثاني نصف مهرها، ويصير نصفها أم ولد له، ونصف ولده حر وفي باقيه وجهان على ما مضى ويتقاصان ما عليها، ويتراجعان فضلاً إن كان فيه.

وأما القسم الثالث: وهو أن يكون الأول موسراً والثاني معسراً، فيكون على الأول نصف المهر ونصف قيمة الأم، وفي نصف قيمة الولد قولان، ويكون على الثاني إذا جعلت أم ولد للأول جميع المهر، ويكون جميع ولده مملوكاً للأول، وفي حكم أم الولد لأنه ولد أم ولد ويتقاصان ما عليها، ويتراجعان الفضل فيه.

وأماالقسم الرابع: وهو أن يكون الأول معسراً والثاني موسراً، فيكون نصفها أم ولد للأول، وعليه نصف المهر، ونصف ولده حر، وفي باقيه وجهان، ويكون نصفها الثاني أم ولد، وعليه نصف المهر ونصف قيمة الولد وجهاً واحداً. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوِ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ وَلَدَهُ وُلِدَ قَبْلَ وَلَدِ صَاحِبِهِ أُلْحِقَ بِهِمَا الوَلَدَانِ وَوُقِفَتْ أُمّ الوَلَدِ وَأُخِذَا بِنَفَقَتِهَا وَإِذَا مَاتَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عُتِقَ نَصِيبُهُ وَأُخِذَ الآخَرُ بِنَفَقَةِ نَصِيبِ نَفْسِهِ فَإِذَا مَاتَ عُتِقَتْ وَوَلاَؤُهَا مَوْقُوفٌ إِذَا كَانَا مُوسِرَيْنِ أَوْ أَحَدُهُمَا مُعْسِرٌ وَالآخَرُ مُوسِرٌ فَوَلاَؤُهَا مَوْقُوفٌ بِكُلِّ حَالٍ».

قال الماوردي: وصورتها أن تأتي من كل واحد منهما بولد يتفقان عليه، ولا يختلفان فيه، ولكن يدَّعي كل واحد منهما أن ولده هو الأسبق، فينظر في سن الولدين فإن كان فيه ما يدل على أسبقهما ولادة سقط التنازع، وجعل الأسنّ منهما هو للأول والأصغر منهما هو للآخر فيكون على ما مضى وإن اشتبهت سنّ الولدين، ولم ير فيها بيان رجع إلى البينة، فإن وجدت عمل عليها، وإن فقدت والتنازع محتمل لم يخل حال الواطئين من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكونا موسرين.

والثاني: أن يكونا معسرين.

والثالث: أن يكون أحدهما موسراً والآخر معسراً.

فإن كانا موسرين فكل واحد منهما يدّعي بالسبق أن جميعها أم ولد له، وعليه نصف قيمتها لشريكه، وولده حر ليس عليه قيمة في أحد القولين وعليه قيمة نصفه في القول الآخر، وعليه نصف المهر، وأن شريكه عليه جميع المهر وجميع قيمة الولد في أحد القولين، ونصف قيمته في القول الآخر، فصارا بهذا التنازع متفقين على شيء ومختلفين في شيء.

أما ما اتفقا عليه فنصف المهر، اتفقا على وجوبه على كل واحد منهما، واختلفا في نصفه الباقي، فلزم كل واحد منهما نصف المهر لصاحبه، فيتقاصا به، ويكون نصفه الباقي موقوفاً.

وأما ما اختلفا فيه، فكل واحد منهما يدّعي أن جميعها أم ولد له، وعليه نصف قيمتها والآخر ينكره فيكون أمرها موقوفاً بعد التحالف، ولا قيمة لواحد منهما على صاحبه لأنه لا يدعيها ولا تعتق بموت واحد منهما لجواز أن تكون أم ولد للآخر فإذا ماتا جميعاً عتقت، لأنها أم ولد لأحدهما وإن لم يتعين، ويكون ولاؤها موقوفاً على بيان إن تحدد. وأما قيمة الولد فكل واحد منهما مقر بنصفها في أحد القولين ومنكر ما سواها، وهو في القول الآخر منكر لجميعها، فإن عمل بالقول الأول تقاصا نصف القيمة، ووقف الباقي على البيان كالمهر، وإن عمل على القول الثاني وقف جميع القيمة على البيان كالأم، ويختص كل واحد منهما بنفقة ولده، ويشتركان في نفقة الأم حتى يقع البيان فيستحق التراجع.

فصل: ولو كانا معسرين لم يكن لتنازعهما تأثير، لأن كل واحد منهما يستوي حكمه في تقدمه وتأخره، لأن نصفها أم ولد للأول، ولا يقوّم عليه باقيها، وعليه نصف المهر ونصف ولده حر وفي نصفه الآخر وجهان، وإذا كانا في التقدم والتأخر سواء سقط حكم تنازعهما، وكان نصفها أم ولد لأحدهما، والنصف الآخر أم ولد للآخر، فأيهما مات عتق نصفها بموته، وكان عتق النصف الآخر موقوفاً على موت الآخر، وعلى كل واحد منهما لصاحبه نصف المهر فيتقاصانه، وفي قيمة نصف ولده وجهان:

أحدهما: لا يجب ويكون مملوكاً لصاحبه ولا قصاص، ولا عتاق.

والثاني: يجب ويصير جميعه حرًّا ويتقاصان ذلك ويتراجعان فضلاً إن كان فيه ويكون ولاؤها بينهما نصفين ولا توقف، ونقل الربيع في كتاب «الأم» أن ولاءها موقوف إذا كانا موسرين أو معسرين فسوى وقوف الولاء بين اليسار والإعسار، وهو خلاف ما نقله المزني لأن الولاء في اليسار مشكل، فلذلك كان موقوفاً وفي الإعسار غير مشكل، فلم يجز أن يكون موقوفاً، ولأصحابنا عما نقله الربيع جوابان:

أحدهما: أجاب به أبو إسحاق المروزي: أنه سهو منه في النقل.

والثاني: وهو جواب أبي علي بن أبي هريرة: أنه أراد به معسرين وقت التنازع، موسرين وقت الإحبال.

فصل: وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً، فنصفها أم ولد للموسر من غير تنازع، وإنما يتنازعان في النصف الآخر منهما فالموسر يقول: هي أم ولد لي بالقيمة لتقدمي في الإيلاد. والمعسر يقول: هي أم ولد لي بالملك لتقدمي بالإيلاد، فيكون ولاء نصفها الذي تنازعاه موقوفاً، وولاء نصفها للموسر، ونقل المزني هاهنا أن جميع ولائها موقوف إذا كانا موسرين أو أحدهما.

وهذا الجواب راجع إلى الموسرين، فإن مات الموسر عتق نصفها، وكان نصفها الباقي موقوفاً على موت المعسر، وإن تقدم موت المعسر لم يعتق شيء منها، ويعتق بموت الموسر، فأما المهر فعلى كل واحد منهما نصفه لاتفاقهما عليه واختلافهما في الزيادة فيتقاصانه وتوقف الزيادة على المعسر دون الموسر، وأما الولد، فولد الموسر منها حر كله، وفي ولد المعسر وجهان، وإذا حررت ذلك على الأصول المستقرة وضح لك جميع الأحكام وبالله التوفيق.

بَابُ تَعْجِيلِ الكِتَابَةِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَيُجْبَرُ السَّيِّدُ عَلَى قَبُولِ النَّجْمِ إِذَا عَجَّلَهُ لَهُ المُكَاتَبُ وَاحْتَجَّ فِي ذَلِكَ بِعُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ رَحْمَةُ اللَّهِ عَلَيْهِ (قال الشافعي) وَإِذَا كَانَتْ دَنَانِيْرَ أَوْ دَرَاهِمَ أَوْ مَالاً يَتَغَيَّرُ عَلَى طُولِ المُكْثِ مِثْلَ الحَدِيدِ وَالنُّحَاس وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ فَأَمَّا مَا يَتَغَيَّرُ عَلَى طُولِ المُكْثِ أَوْ كَانَتْ لِحُمُولَتِهِ مُؤْنَةٌ فَلَيْسَ عَلَيْهِ قَبُولُهُ إِلاَّ فِي مَوْضِعِهِ فَإِنْ كَانَ فِي طَرِيقٍ بِخَرَابَةٍ أَوْ فِي بَلَدٍ فِيْهِ نَهْبٌ لَمْ يَلْزَمَهُ قَبُولُهُ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ فِي ذَلِكَ المَوْضِعِ كَاتَبَهُ فَيَلْزَمُهُ قَبُولُهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال تعجيل مال الكتابة قبل نجومه كتعجيل السلم قبل حلوله، وقد ذكرناه، وجملته أنه لا يخلو مال الكتابة إذا عجله المكاتب قبل محله من أن يقبله السيد أو يمتنع منه، فإن قبله عتق به المكاتب، فإن قيل: فشرط العتق أداء المال عند محله، فهلا امتنع وقوع العتق بدفعه قبل محله كما لو قال لعبده: إن دفعت إليَّ ألفاً في شهر رمضان فأنت حر، فدفعها في شعبان لم يعتق؟

قيل: الفرق بينهما: أن في الكتابة معاوضة يغلب حكمها على العتق بالصفة، ولذلك عتق بالإبراء فكان أولى أن يعتق بالتقدم، وليس كالعتق بالصفة المجردة التي يغلب فيها حكم الصفة دون العوض، ألا تراه لو أبرأه فيها من المال لم يعتق، وكذلك إذا قدمه قبل وقته، وإن امتنع السيد من قبوله قبل محله، فلا يخلو تأخير قبضه من أن يكون فيه غرض صحيح لقاصد أو لا يكون، فإن كان في تأخير قبضه غرض معهود يصح لقاصد، فقد يكون ذلك من أحد ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون طعاماً رطباً إن ترك إلى أجله فسد.

والثاني: أن يكون حيواناً يحتاج إلى مؤونة أو يخاف عليه من موت.

والثالث: أن يكون من الأموال الباقية التي يحتاج لإحرازها إلى محلها مؤونة، فلا يلزمه في هذه الأحوال الثلاثة أن يقبل ذلك قبل محله، لما يلحقه من الضرر في تعجله، وإن لم يكن له في تأخير قبضه غرض صحيح، فهو أن يكون المال مأمون التلف معدوم المؤونة كالفضة والذهب، فعليه قبوله إذا كان الردى مأموناً، لما رواه

الشافعي في كتاب «الأم» وقد رواه أنس بن سيرين عن أبيه قال: كاتبني أنس بن مالك فاشتريت وبعت حتى ربحت مالاً، فجئت أنساً بكتابتي كلها، فأبى أن يقبلها إلا نجوماً، فأتيت عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ فذكرت ذلك له فقال: أراد أنس الميراث، ثم كتب إليه فقبلها[١].

وروى سعيد بن أبي سعيد المَقْبُرِي عن أبيه أن امرأة اشترته من سوق ذي المجاز، وقدمت مكة فكاتبته على أربعين ألفاً، فأدى عامة المال، ثم أتى بباقيه فقالت لا والله حتى تأتي سنة بعد سنة، وشهر بعد شهر، فخرج بالمالِ إلى عمر، وأخبره بذلك فقال له: ضعه في بيت المال وراسلها بأخذ المال وعتق أبي سعيد، فإن اخترتِ أخذه شهراً بشهر أو سنة بسنة، فافعلي، فأرسلت وأخذت المال[٢].

ولأن الأجل حق لمن عليه الدين لا على من له الدين، ولذلك إذا باعه بدين زاد في الثمن، وإذا باعه نقداً نقص منه، فإذا عجل المؤجل فقد أسقط حقه، وزاد خيراً.

فصل: فأما إذا كان وقت التعجيل مفتتناً مخوفاً روعي وقت الكتابة، فإن كان ساكناً آمناً ثم حدث بعده خوف فعجل فيه الكتابة لم يلزم السيد قبولها، لما فيه من الحظر على ما تعجل، حتى إذا حل لزمه القبول في الأمن والخوف، وإن كان وقت الكتابة مفتتناً مخوفاً مثل وقت التعجيل نظر، فإن صار ذلك معهوداً لا يرجى زواله لزمه قبول التعجيل وإن كان قادراً يرجى زواله ففي لزوم قبوله للتعجيل وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، والظاهر من مذهب الشافعي، عليه قبوله لتماثل الزمانين.

والوجه الثاني: حكاه أبو حامد الإسفراييني، لا يلزمه قبوله، لأن زوال الخوف قد كان مأمولاً عند المحل فلم يلزمه تعجل الضرر.

فصل: ولو دفع إليه مال الكتابة في بلد آخر إما تعجيلاً أو في محله، فإن كان لنقله مؤونة أو في طريقه خطر لم يلزمه قبوله، إلا في بلده، وإن لم يكن لنقله مؤونة ولا كان في طريقه خطر روعي حال السيد، فإن لم يكن في ذلك البلد لم يلزمه قبول المال فيه، وإن كان في ذلك البلد روعيت مسافة البلدين، فإن كان بينهما قريباً لا يقصر في مثله الصلاة لزمه قبوله، وإن كان بعيداً يقصر في مثله الصلاة ففي لزوم قبوله فيه وجهان:

أحدهما: لا يلزمه لما عليه من الضرر في إبعاد ماله عن بلده.

---

(١) أخرجه البيهقي ١٠/ ٣٣٤.

(٢) البيهقي ١٠/ ٣٣٥.

والثاني: يلزمه قبوله فيه لأن احرازها متماثلة، واستيطان كل واحد منهما ممكن، والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ عَجَّلَ لَهُ بَعْضَ الكِتَابَةِ عَلَى أَنْ يُبْرِئَهُ مِنَ البَاقِي لَمْ يَجُزْ وَرَدَّ عَلَيْهِ مَا أَخَذَ وَلَمْ يُعْتَقْ لأَنَّهُ أَبْرَأَهُ مِمَّا لَمْ يَبْرَأْ مِنْهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا كان على المكاتب ألف درهم إلى سنة فشرط أن يعجل له خمسمائة على أن يبرئه من الباقي لم يجز، لأنه يضارع الربا لأن ربا الجاهلية أن يزيد في المال ليزيد في الأجل، فيعطي خمسمائة معجلة بألف إلى سنة، وهذا نقص في المال لنقصان الأجل، فبذل ألفاً إلى سنة بخمسمائة معجلة، فاستويا في حكم الربا والتحريم، وإذا ثبت فساده بما ذكرنا بطل التعجيل وكان باقي الكتابة إلى أجله وإذا بطل التعجيل بطل الإبراء، لأن الإبراء في مقابلة التعجيل، فصارا باطلين.

فصل: ولو ابتدأ المكاتب فعجل من الألف خمسمائة، وأبرأه السيد من غير شرط من باقيها، وهو خمسمائة كان هذا جائزاً كما لو أقرضه خمسمائة فرد عليه ألفاً من غير شرط جاز، بخلاف ما لو كان عن شرط، فأما المزني فإنه اشتبه عليه ما قاله الشافعي، فقد قال الشافعي في هذا الموضع: وَضْعٌ وتعجيل لا يجوز، وأجازه في موضع آخر، فتوهم أن الشافعي اختلف قوله في الإبراء على شرط التعجيل، وليس الجواب مختلفاً كما توهمه المزني، وإنما أجاز التعجيل والإبراء بغير شرط وأبطلهما مع الشرط، فاختلف جوابه لاختلاف الشرط، لا لاختلاف القول.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يَصِحَّ هَذَا فَلْيَرْضَ المُكَاتَبُ بِالعَجْزِ وَيَرْضَ السَّيِّدُ بِشَيْءٍ يَأْخُذُهُ مِنْهُ عَلَى أَنْ يُعْتِقَهُ فَيَجُوزُ (قَالَ المُزَنِيُّ) عِنْدِي أَنْ يَضَعَ عَنْهُ عَلَى أَنْ يَتَعَجَّل وَأَجَازَهُ فِي الدَّيْنِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا اختار التوصل إلى وقوع العتق ببعض الباقي، فعجّز المكاتب نفسه حتى عاد عبداً، ثم استأنف السيد بعد العجز فقال له: إن أعطيتني ديناراً فأنت حر، جاز لأنهما بعد بطلان الكتابة بالعجز قد استأنفا عتقاً بصفة، فصار العتق واقعاً بهما لا بالكتابة.

فصل: ولكن لو جعلا عتق الصفة مشروطاً بالعجز، فقال السيد: إن عجّزت نفسك أو أعطيتني ديناراً فأنت حر، فعجّز المكاتب نفسه، وأعطى ديناراً عتق به، وكان هذا أحوط للمكاتب مما تقدم، لأنه إذا عجّز نفسه فقد انعقدت الصفة بعتقه، لوجود

شرطهما، فصارت لازمة لا خيار للسيد فيها بعد العجز، وهو في المسألة الأولى مخير بعد العجز بين أن يعقد عتقه بالصفة أو لا يعقده.

فصل: فأما إذا قال السيد لمكاتبه، والكتابة بحالها: إن أعطيتني ديناراً فأنت حر عتق بدفعه، ويغلب حكم الكتابة فصار العتق فيها على عوض فاسد، فيلزم المكاتب فيها قيمته، فيرجع بما أداه من قبل مع الدينار الذي عتق به من بعد، ويتقاصانه مع اتفاق الجنسين، ويتراجعا فضلاً إن كان منه، والله أعلم.

بَيْعُ المُكَاتَبِ وَشِرَاؤُهُ وَبَيْعُ كِتَابَتِهِ وَبَيْعُ رَقَبَتِهِ وَجَوَابَاتٌ فِيْهِ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَبَيْعُ المُكَاتَب وَشِرَاؤُهُ وَالشُّفْعَةُ لَهُ وَعَلَيْهِ فِيْمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ وَالأَجْنَبِيِّ سَوَاءٌ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، المكاتب مالك لتصرف نفسه بالمبيع، والشراء، والأخذ بالشفعة، ومالك لما بيده من كل ما ملكه بتصرفه، لأن الكتابة قد رفعت عنه يد السيد، ولذلك منع من استخدامه، وأما ملكه لكسبه فلأن في ذمته مال لا يصح أن يؤديه إلا من ملكه، ولذلك منع السيد مع بقاء الكتابة من أخذه وتملكه وإذا صار بما بينا مالكاً لتصرفه ولكسبه، فعليه فيهما للسيد حق الحجر حتى لا يستهلكها في غير حق، ولا يكون استحقاق الحجر مانعاً من ثبوت الملك، ثم هذا الملك مراعى يستقر بالأداء، ويزول بالعجز.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا فكل عقد من بيع وسلم وإجارة وأخذ بشفعة وأرش، جناية ورد بعيب، نفذ الحكم فيه بين المكاتب والأجنبي نفذ الحكم فيه بين المكاتب وسيده، وكان لزومه بينهما كلزومه مع الأجنبي، لأنه فيما سوى الكتابة جارٍ مجراه، فعلى هذا له أن يأخذ الشفعة من سيده، ولسيده أن يأخذ الشفعة منه، وله أن يأخذ أرش الجناية من سيده، ولسيده أن يأخذ أرش الجناية منه، ولا يكون الحكم فيما بينهما من حقوق الأموال إلا كالأجانب.

فصل: ويتفرع على هذا الأصل أن يكون السيد قد أجر عبده ثم كاتبه، فتكون الكتابة باطلة، لأنه قد صار بالإجارة مستحق المنفعة، ويجب أن يكون بالكتابة مالكاً لها، فتنافى اجتماعهما، فثبتت الإجارة لتقدمها، وبطلت الكتابة لتأخرها ولو كاتبه ثم أجره صحت الكتابة وبطلت الإجارة إثباتاً لأسبق العقدين في الحالين، فأما العبد المرهون فلا يجوز كتابته، وإن لم يملك منافعه لعلة أخرى، وهو أنه بعقد الرهن معرض للبيع الذي تمنع منه الكتابة، فصارا متنافيين لهذه العلة، فبطلت كتابته بها.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «إِلاَّ أَنَّ المُكَاتَبَ مَمْنُوعٌ مِنْ اسْتِهْلاَكِ مَالِهِ وَأَنْ يَبِيعَ بِمَا لاَ يَتَغَابَنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ وَلاَ يَهَبَ إِلاَّ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن المكاتَب مالك لكسبه غير أن للسيد عليه حجراً، ولا يصرف ما بيده إلا في أحد ثلاثة أوجه:

أحدها: في دين يستحق.

والثاني: في طلب فضل يستزاد.

والثالث: في مؤونة لا يستغنى عنها.

فأما الدين فنوعان: مراضاة، وإكراه.

فأما دين المراضاة فكالإجارات، والقروض.

وأما دين الإكراه فكقيم المتلفات وأروش الجنايات، فعليه أداؤها معاً، وهما سواء في وجوب القضاء، ولا يلزمه استئذان السيد في واحد منهما.

وأما طلب الفضل، فقد يكون من وجهين: تجارة، وعمل.

فأما التجارة، فتكون بالبيع والشراء، فلا اعتراض للسيد عليه فيما باعه واشتراه إذا لم يظهر فيه مغابنة.

وأما العمل فهو احترافه بيديه في أنواع المكاسب، ولا اعتراض للسيد عليه إذا تصدى له، ولا يجبره عليه إن قعد، لأنه ليس للسيد أن يجبره على الاكتساب، كما ليس له أن يمنعه منه.

وأما ما لا يستغني عنه من المؤن فنوعان: مؤونة تثمير ماله، ومؤونة لحراسة نفسه، فأما مؤونة التثمير فكسقي الزروع، وعلوفه المواشي، ونقل الأمتعة.

وأما مؤونة نفسه، فكالذي يحتاج إليه من مأكوله وملبوسه أو من تجب عليه نفقته من زوجة وولد، ولا اعتراض للسيد عليه في كلي المؤونتين ما لم يخرج فيهما إلى حد السرف.

فأما نفقته في ملاذه فما كان منها معهوداً بمثله لم يمنع منه، وما خرج عن المعهود منع منه.

فصل: فإذا ثبت نفوذ تصرفه فيما وصفناه، فهو ممنوع من تصرفه فيما عداه من هبة، أو محاباة أو صدقة أو بر، فإن وهب بغير إذن سيده كان مردود الهبة، وإن وهب بإذنه ففي صحة هبته قولان:

أحدهما: نص عليه في هذا الموضع، وأكثر كتبه أن الهبة صحيحة ماضية، لأن

ذلك الموهوب لا يتجاوزهما، وهو موقوف عليهما مع التصرف فيه باجتماعهما كالشريكين.

والقول الثاني: حكاه الربيع، أن الهبة باطلة مع إذنه كبطلانها بغير إذنه، لأمرين:

أحدهما: أن ملك المكاتب ضعيف وملك الموهوب له قوي، فلم يجز أن يحدث عن الضعيف ما هو أقوى منه.

والثاني: أن كل واحد منهما ممنوع أن ينفرد بهذا التصرف، فضعف الإذن عنه، وصار وجوده كعدمه.

فأما خلع المكاتبة فمن أصحابنا من خرّجه على قولين كالهبة، ومنهم من أبطله قولاً واحداً بخلاف الهبة، للفرق بينهما مما في الهبة من استحقاق المكافأة على قول من أوجبها، أو جميل الذكر وثواب الآخرة على قول من أسقطها، وليس في الخلع مكافأة، ولا ثناء، ولا ثواب.

وأما محاباة المكاتب فيما باع واشترى إذا خرج عما يتغابن الناس بمثله، فهو كالهبة إن فعله بغير إذن السيد بذل، وإن كان بإذنه فعلى القولين، وكذلك القول فيما تطوع به من صدقة أو نفقة في بر إن كان بغير إذنه مردود إذا أمكن استدراكه، وبإذنه على القولين.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلاَ يُكَفِّرُ فِي شَيْءٍ مِنَ الكَفَّارَاتِ إِلاَّ بِالصَّوْمِ».

قال الماوردي: إذا وجبت على المكاتب كفارة ففرضه فيها أن يكفر بالصوم دون الإطعام والعتق، لجريان أحكام الرق عليه كالعبد، فإن عدل عنه إلى العتق لم يجزه، لأن الولاء فيه لغيره، سواء كان بإذن السيد أو بغير إذنه، وإن عدل إلى الإطعام فإن كان بغير إذن السيد لم يجزه، وإن كان بإذنه لم يجزه على قوله في الجديد، أن العبد لا يَمْلِكُ إذا مُلِّكَ، وفي إجزائه على القديم إذا قيل: إن العبد يملك إذا ملك، وجهان مخرجان من قولي الهبة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ بَاعَ فَلَمْ يَفْتَرِقَا حَتَّى مَاتَ المُكَاتَبُ وَجَبَ البَيْعُ وَقَالَ فِي كِتَابِ البُيُوعِ إِذَا مَاتَ أَحَدُ المُتَبَايِعِيْنَ قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ».

قال الماوردي: وقال في كتاب البيوع، إذا مات أحد المتبايعين قام الوارث مقامه، وأما خيار المجلس فمستحق في عقد كل بيع يستوي فيه الحر والعبد، والمالك

والوكيل، ويكون مستحقاً للمتبايعين ما لم يفترقا بأبدانهما، فإن مات أحدهما، فهل يكون قطعاً للخيار كالافتراق بالأبدان؟

قال الشافعي في هذا الموضع من كتاب المكاتب «وإذا باع فلم يفترقا حتى مات المكاتب وجب البيع»، وظاهر هذا الوجه انقطاع الخيار بالموت، وقال في كتاب البيوع «إذا مات أحد المتبايعين قام الوارث مقامه» وهذا يوجب أن يكون الخيار موروثا لا ينقطع بالموت فاختلف أصحابنا في اختلاف هذين الجوابين على ثلاثة مذاهب:

أحدها: أن خيار المجلس لا ينقطع بالموت قولاً واحداً، وينتقل إلى وارث الحر وسيد المكاتب، وقول الشافعي في موت المكاتب وجب البيع، يريد به الرد على من قال إن موت المكاتب في خيار المجلس يبطل البيع، لأنه يموت عبداً ولم يرد به انقطاع الخيار.

والمذهب الثاني: أن اختلاف الجوابين محمول على اختلاف قولين في موت الحر والمكاتب:

أحدهما: ينقطع خيار المجلس بالموت في بيع الحر وبيع المكاتب على ما قاله في المكاتب، لأنه لما انقطع بافتراق الأبدان كان أولى أن ينقطع بافتراق الأرواح والأبدان.

والقول الثاني: أن الخيار لا ينقطع بموت الحر ولا بموت المكاتب، وينتقل عن الحر إلى وارثه، وعن المكاتب إلى سيده على ما نص عليه في البيوع، لأنه لما لم ينقطع بافتراق الأبدان، فأولى أن لا ينقطع بافتراق الموت.

والمذهب الثالث: أن الجواب على ظاهره في الموضعين، وأنه لا ينقطع بموت الحر، وينتقل عنه إلى وارثه وينقطع بموت المكاتب ولا ينتقل عنه إلى سيده.

والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن المال ينتقل عن الحر ميراثاً، وعن المكاتب ملكاً، فقام وارث الحر مقامه، ولم يقم سيد المكاتب مقامه.

والثاني: أن نظر المكاتب في مدة الخيار عائد إلى سيده، فاكتفى السيد فيه بنظر مكاتبه، وكذلك الوكيل لا ينتقل خيار المجلس بموته فيه إلى الموكل ونظر الحر لنفسه فانتقل بموته إلى وارثه ليستدرك به الحظ إلى نفسه.

فصل: فأما موت المكاتب في خيار الثلاث، فينتقل باقي الخيار فيه إلى سيده مذهباً واحداً، والفرق بينه وبين خيار المجلس من وجهين:

أحدهما: أنهما لما افترقا في انقطاعه بتفرق الأبدان افترقا في انقطاعه بالموت.

والثاني: أن خيار المجلس مستحق بالعقد الماضي، وخيار الثلاث مستحق بالشرط الباقي فافترقا.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يَبِيعُ بِدَيْنٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن في البيع بالدين تغريراً بالمال، فلم يجز بغير إذن السيد، وفي جوازه بإذنه قولان، ويجوز له أن يشتري بالدين، وإن لم يأذن فيه السيد، لأن التغرير فيه على مالك الدين، ولا يجوز أن يعطي فيما اشتراه بالدين رهناً خوف تلفه، ولا يجوز أن يعطي مالاً مضاربة، ويجوز أن يأخذ مالاً مضاربة، لأن التغرير في الدفع عائد عليه، وفي الأخذ عائد على غيره، ولا يجوز أن يدفع مالاً في سَلَمٍ، ويجوز أن يأخذ مالا في سَلَمٍ للمعنى الذي ذكرنا.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يَهَبُ لِثَوَابٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لا تصح من المكاتب الهبة بغير إذن السيد، سواء كاتب لثواب تجب فيه المكافأة أو بغير ثواب.

فإن قيل: فهلا جازت الهبة لثواب، لأنها معاوضة كالبيع؟ قيل: لا تصح منه هبة الثواب، وإن صح منه البيع، لوقوع الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن استحقاق الثمن في البيع إجماع واستحقاق الثواب في الهبة على خلاف.

والثاني: تعجيل الثمن وتأجيل الثواب، وفرق في حق المكاتب بين ما تعجل من العوض وتأجل، فإن أذن السيد فيها فعلى القولين، وإذنه إذا صحت الهبة معتبر في عقدها وإقباضها، فإن أذن له في العقد ولم يأذن له في الإقباض لم تصح الهبة، لأن عقد الهبة لا يقع به التمليك، وإنما يملك بالإقباض الذي لم يأذن فيه وإن أذن في الإقباض، ولم يأذن في العقد لم يصح لفساد العقد بعدم الإذن، فيصير الإقباض متجرداً عن غير عقد.

فصل: وإذا وهب المكاتب لسيده، فقبوله لها كإذنه فيها فيكون على قولين:

أحدهما: باطل، ويرجع بها على المكاتب أو يحتسب السيد بها من مال الكتابة.

والثاني: صحيحة، فإن قيل فيها بوجوب الثواب وجبت المكافأة فيها على السيد يدفعها إلى مكاتبه، أو يحتسب بها من مال كتابته، وإن قيل بسقوط الثواب فيها روعي

حال المكاتب، فإن أدى مال كتابته من غيرها استقر ملك السيد على الهبة، وإن عجز وكان في الهبة وفاءٌ لما عليه، ففي رجوع المكاتب بها ليؤديها في كتابته، فيعتق بها وجهان:

أحدهما: لا يرجع بها كالهبة للأجنبي، ويرجع بالتعجيز عبداً.

والوجه الثاني: يرجع بها ليؤديها في عتقه، لأن مال المكاتب مستحق للسيد في كتابته، فبأي وجه صار إليه استحق به العتق.

فأما هبة المكاتب لولد سيده، فإن كان صغيراً فالسيد قابلها، فيصير قبوله لها كإذنه فيها، فيكون على قولين، ولا يرجع بها المكاتب إن عجز، وإن كان الابن كبيراً فهو القابل، ويكون كالأجنبي في اعتبار إذن السيد، فإن لم يأذن بطلت، وإن أذن فعلى قولين:

فصل: وإذا أبرأ المكاتَبُ من دين يستحقه كان كالهبة منه، فإن أبرأ بغير إذن السيد بطل الإبراء، وإن كان بإذنه فعلى قولين، فإن صالح المكاتب على مال له فإن كان صلحاً يجري مجرى الإبراء كان في حكمه يبطل إن كان بغير إذن السيد، وإن كان بإذنه فعلى قولين، وإن كان الصلح جارياً مجرى البيع اعتبر صلحه، فإن كان بقدر القيمة صح كالبيع، وإن كان بأقل منها فهو كالهبة يبطل إن كان بغير إذن السيد، وإن كان بإذنه فعلى قولين.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِقْرَارُهُ فِي الْبَيْعِ جَائِزٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا أقر المكاتب ببيع سلعة كانت في يده كان إقراره ببيعها مقبولاً ما كان على كتابته، ولا يقبل بعد عجزه، لأنه في الكتابة نافذ البيع، فنفذ إقراره فيه، وبعد العجز مردود البيع، فلم ينفذ إقراره فيه وجرى مجرى الحاكم يقبل قوله فيما حكم به في ولايته، ولا يقبل قوله فيه بعد عزله.

فصل: فأما إقرار المكاتب بالشراء فمقبول في حال كتابته، فأما بعد العجز فمعتبر بحال الثمن، فإن كان قد برىء منه بدفع أو إبراء كان إقراره مقبولاً بخلاف البيع، لأن في البيع إزالة ملك، وفي الشراء إثبات ملك، وإن كان الثمن باقياً لم يبرأ منه نظر فيه، فإن كان بقدر قيمة السلعة فما دون نفذ إقراره فيه، وإن كان أكثر من قيمتها لم يخل نقصان القيمة من أحد أمرين:

إما أن يكون لمغابنة فيه عند الشراء، فيكون الإقرار نافذاً، والشراء مردوداً. وإما أن يكون بسبب حادث من نقص سعر أو حدوث عيب، فينفذ الإقرار ويلزم الشراء،

لأن زيادة الثمن إذا عجز عنها تعلقت بذمته، وكذلك إقراره بالدين مقبول، لأنه قد كان بالكتابة مسلطاً على ما أفضى إليه فنفذ إقراره فيه، فإن عجز ما بيده عن أدائه كان في ذمته يؤديه بعد عتقه، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَتْ لَهُ عَلَى مَوْلَاهُ دَنَانِير وَلِمَوْلَاهُ عَلَيْهِ دَنَانِير فَجَعَلَا ذَلِكَ قِصَاصاً جَازَ».

قال الماوردي: قد تقدم ذكر هذه المسألة وقلنا: إنه كان للمكاتب على سيده مال، وحل عليه من نجومه مال، هل يكون كل واحد من المالين في الذمة قصاصاً بالآخر كالدراهم بالدراهم، والدنانير بالدنانير أم لا؟ على أربعة أقاويل مضت:

أحدها: يكون قصاصاً إذا تراضيا بالقصاص، ولا يكون قصاصاً إن لم يجتمعا على التراضي به، لأن الدين لا يستحق من مال معين إلا برضا من هو عليه.

والقول الثاني: يكون قصاصاً إذا رضي به أحدهما وإن لم يجتمعا عليه، ولا يكون قصاصاً إن لم يرض به واحد منهما، كالحوالة.

والقول الثالث: أنه يكون قصاصاً وإن لم يتراضيا كالوارث إذا كان عليه للميت دين صار قصاصاً من حقه وإن لم يرض به.

والرابع: لا يكون قصاصاً بحال، وإن تراضيا إلا أن يكون بَيْعَ دَيْنٍ بِدَيْنٍ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَتْ لَهُ عَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهَم مِنْ نُجُومِهِ حَالَّةٌ وَلَهُ عَلَى السَّيِّدِ مِائَةُ دِينَارٍ حَالَّةٌ فَأَرَادَ أَنْ يَجْعَلَا الأَلْفَ بِالمائَةِ قِصَاصاً لَمْ يَجُزْ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ دَيْنُهُ عَلَيْهِ عَرَضاً وَكِتَابَتُهُ نَقْداً».

قال الماوردي: وإذ قد تقرر ما ذكرنا من الأقاويل الأربعة في القصاص، فاعلم أنه لا يخلو ما حل من نجوم المكاتب، وما على السيد للمكاتب من أحد أمرين:

إما أن يكونا من جنس واحد أو من جنسين.

فإن كانا من جنس واحد، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكونا نقداً كالدراهم بالدراهم، والدنانير بالدنانير، فهذا الذي يكون قصاصاً على الأقاويل الأربعة.

والضرب الثاني: أن يكون عرضاً لأن السيد كاتبه على ثياب موصوفه، وأسلم المكاتب إلى سيده في ثياب على تلك الصفة، فلا يجوز أن يكونا قصاصاً وإن تراضيا قولاً واحداً، لأن المعاوضة على السلم قبل قبضه لا تصح ولا يبرءان إلا بقبض

وإقباض، فإن بدأ المكاتب بدفع ما عليه إلى سيده كان الخيار إلى سيده فيما عليه لمكاتبه أن يعطيه السلم من ذلك المأخوذ أو من غيره قبل النقل وبعده.

وإن بدأ السيد بدفع ما عليه من السلم إلى مكاتبه كان المكاتب بالخيار فيما عليه من نجومه أن يدفعه من ذلك المقبوض أو من غيره، فإن أعطاه ما قبضه منه بعد نقله جاز، وإن أعطاه قبل نقله، ففي جوازه وجهان مضيا في البيوع.

فصل: وإن كانا من جنسين فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكونا نقداً مثل أن تكون نجوم المكاتب دراهم، وله على السيد دنانير، فلا يجوز أن يتقاصا، لأنه بيع دين بدين وعلى كل واحد أن يدفع ما عليه ويطالب بِمَا لَهُ، فأيهما دفع ما عليه لم يجز أن يعاد إليه بدلاً من حقه إلا أن يجتمعا على الرضا والاختيار، لأنه إن أراده قابض الدراهم أن يدفعها بدلاً من الدنانير التي عليه لم يلزم صاحب الدنانير أن يعدل عن حقه إلا باختياره، وإن طلبها لم يلزم من عليه الدنانير أن يعدل إلى بدل عنها إلا باختياره.

والضرب الثاني: أن يكونا عرضاً مثل أن يكون النجوم ثياباً موصوفة، وما على السيد من السلم غنماً موصوفة، فعلى كل واحد منهما أن يعطي ما عليه، ولا يجوز أن يأخذه بدلاً من ماله، وإن تراضيا به لأنه بيع ما لم يقبض ويطالب بحقه من جنسه.

والضرب الثالث: أن يكون أحدهما نقداً والآخر عرضاً مثل أن تكون نجوم المكاتب دراهم، وله على سيده ثياب من سَلَم، فإن بدأ المكاتب فدفع إلى سيده ما عليه من دراهم الكتابة لم يجز أن يجعلها السيد عوضاً من الثياب التي عليه للمكاتب وإن تراضيا، لأنه بيع السلم قبل قبضه، وإن بدأ السيد فدفع إلى مكاتبه ما عليه من ثياب السلم جاز أن يجعلها المكاتب بدلاً مما عليه من الدراهم التي للسيد إذا تراضيا، لجواز أخذ العوض والنقد بدلاً عما في الذمة من نقد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ أَوْ كَاتَبَهُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ فَأَدَّى كِتَابَتَهُ فَفِيهَا قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا لَا يَجوزُ لأَنَّ الوَلَاءَ لِمَنْ أَعْتَقَ وَالثَّانِي أَنَّهُ يَجُوزُ وَفِي الوَلَاءِ قَوْلَانِ أَحَدُهُمَا، أَنَّ وَلَاءَهُ مَوْقُوفٌ فَإِنْ عُتِقَ المُكَاتَبُ الأَوَّلُ كَانَ لَهُ وَإِنْ لَمْ يُعْتَقْ حَتَّى يَمُوتَ فَالوَلَاءُ لِسَيِّدِ المُكَاتَبِ مِنْ قِبَلِ أَنَّهُ عَبْدٌ لِعَبْدِهِ عُتِقَ وَالثَّانِي أَنَّ الوَلَاءَ لِسَيِّدِ المُكَاتَبِ بِكُلِّ حَالٍ لأَنَّهُ عَتَقَ فِي حِينٍ لَا يَكُونُ لَهُ بِعِتْقِهِ وَلَاؤُهُ فَإِنْ مَاتَ عَبْدُ المُكَاتَبِ المُعْتَقِ بَعْدَمَا يُعْتَقُ وُقِفَ مِيرَاثُهُ فِي قَوْلِ مِنْ وَقَفَ المِيرَاثَ كَمَا وَصَفْتُ، فَإِنْ عَتَقَ المُكَاتَبَ الَّذِي أَعْتَقَهُ فَلَهُ وَإِنْ مَاتَ أَوْ عَجَزَ فَلِسَيِّدِ المُكَاتَبِ إِذَا كَانَ حَيًّا يَوْمَ يَمُوتُ وَإِنْ كَانَ مَيِّتاً فَلِوَرَثَتِهُ مِنَ الرِّجَالِ مِيرَاثُهُ وَفِي القَوْلِ الثَّانِي لِسَيِّدِ المُكَاتَبِ لأَنَّ وَلَاءَهُ لَهُ وَقَالَ

فِي الإِمْلَاءِ عَلَى كِتَابِ مَالِكٍ إِنَّهُ لَوْ كَاتَبَ المُكَاتَبُ عَبْدَهُ فَأَدَّى لَمْ يُعْتَقْ كَمَا لَوْ أَعْتَقَهُ لَمْ يُعْتَقْ (قال المزني) هَذَا عِنْدِي أَشْبَهُ».

قال الماوردي: وصورتها في مكاتب ملك عبداً فأعتقه أو كاتبه، فنفوذ ذلك معتبر بإذن سيده فيه، فإن أعتق أو كاتب بغير إذن سيده كان عتقه مردوداً، لأنه استهلاك ملك وكتابته باطلة، لأن مقصودها العتق، وإن عتق أو كاتب بإذن سيده، ففي عتقه وكتابته قولان:

أحدهما: بطلانها، ولا يصح من المكاتب عتق ولا كتابة، لنقص ملكه وتصرفه، فصار أسوأ حالاً من المجنون الذي يبطل عتقه بنقص تصرفه مع تمام ملكه، ولأن نفوذ العتق يوجب ثبوت الولاء، لقول النبي ﷺ «الوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ» والمكاتَبُ لا يستحق الولاء، فلم يصح منه العتق، وهذا اختيار المزني.

والقول الثاني: أن عتقه نافذ وكتابته جائزة، لأنه ممنوع من ذلك من جهة سيده، فاقتضى أن يزول المنع بإذنه كما يزول منع الرهن من العين بإذن المرتهن، ولأن حال المكاتب لا يخلو إما أن يكون مشتركاً بينهما أو لأحدهما، فاقتضى أن ينفذ العتق على الأحوال باجتماعهما لاختصاص الملك بهما، وعلى هذا القول يكون التفريع، فإذا أنفذ العتق، وصحت الكتابة، ففي ولاء المعتق قولان:

أحدهما: يكون للسيد لأن الولاء ثابت بالعتق لمالك معين، وليس المكاتب ممن يملك الولاء قبل عتقه، فوجب أن يكون لسيده الذي لم يتم العتق إلا بإذنه، وعلى هذا إن مات المعتق كان ميراثه بالولاء لسيده ولو عتق المكاتب بالأداء، فهل يجر إليه ولاء معتقه، وينتقل عن سيده إليه أم لا؟ على وجهين حكاهما ابن أبي هريرة:

أحدهما: لا يجر الولاء، ويكون باقياً للسيد، لأن ثبوت الولاء كالنسب، والنسب لا ينتقل عن محل ثبوته، فكذلك الولاء يكون للسيد ثم لعصبته من بعده.

والوجه الثاني: يجر الولاء، وينتقل عن السيد إليه لمباشرته العتق، لأنه لما لم ينجر ولاء الأولاد عن معتق الأم إلى معتق الأب وهو غير مباشر لعتق الأولاد، فأولى أن لا ينجر ولاء العتق في المباشرة عن السيد إلى المكاتب المباشر للعتق، فهذا حكم الولاء إذا قيل إنه للسيد.

والقول الثاني: أن الولاء يكون موقوفاً على المكاتب المعتق دون السيد لقول النبي ﷺ: «الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» ولَيْسَ يمتنع وقوف الولاء لأنه ليس بأوكد من النسب الذي يجوز أن يوقف عند الاشتراك في الفراش على بيان القافة أو انتساب الولد، فكان الولاء في الوقوف بمثابته، ويراعى حال المكاتب المعتق، فإن عتق بالأداء كان له ولاء

معتقه، وإن رق بالعجز صار الولاء لسيده، فعلى هذا لو مات المعتق وولاؤه موقوف على عتق المكاتب، ففي ميراثه وجهان:

أحدهما: يكون موقوفاً، لأن ولاءه موقوف كما يوقف ميراث الابن إذا مات، وكان نسبه موقوفاً على البيان.

والوجه الثاني: أن ميراثه يكون للسيد، ولا يكون موقوفاً على المكاتب، وإن كان الولاء موقوفاً عليه، لأن السيد وارث في الحال، والمكاتب غير وارث فيها، فلم ينتظر به الانتقال إلى حال الميراث كالحر إذا خلف أباً مملوكاً وجَدّاً حراً كان ميراثه لجده، ولا يوقف على عتق أبيه.

فصل: فأما مكاتب المكاتب إذا قيل بصحة كتابته على هذا القول، فعليه أن يؤدي مال كتابته إلى المكاتب الأول، لأنه مالكه المتولي عقد كتابته، ولا يخلو حالهما في الأداء من أربعة أقسام:

أحدها: أن يعجز عنه، ويعودا مرقوقين، فيكونا معاً ملكاً للسيد.

والقسم الثاني: أن يؤدي المكاتب الأول، ويعتق، ويعجز المكاتب الثاني، ويرق، فيكون عبداً للمكاتب الأول دون السيد.

والقسم الثالث: أن يعجز المكاتب الأول ويرق ويؤدي المكاتب الثاني ويعتق، فيصير الأول ملكاً للسيد، ويكون ولاء المكاتب الثاني للسيد.

والقسم الرابع: أن يؤديا جميعاً ويعتقا، فيكون ولاء المكاتب الأول للسيد، وولاء المكاتب الثاني معتبراً بأسبقهما عتقاً، فإن سبق عتق المكاتب الأول كان ولاء الثاني له، وإن سبق عتق المكاتب الثاني كان في ولائه قولان:

أحدهما: للسيد.

والثاني: للمكاتب الأول. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَبَيْعُ نُجُومِهِ مَفْسُوخٌ».

قال الماوردي: بيع نجوم المكاتب لا يصح سواء حلت أو كانت إلى أجلها، وجوّزه مالك وذكره الشافعي في القديم، فجعله بعض أصحابنا قولاً له، وجعله بعضهم حكاية عن مالك، احتجاجاً بأن بيع بريرة كان معقوداً على نجومها، ولأنه عقد البيع على ملك فصح كما لو عقده على عبده.

والدليل على فساد بيعه نهى النبي ﷺ عن الغرر، وهذا غرر، لتردده بين الأداء والعجز، ولنهي النبي ﷺ عن بيع الدين بالدين ولأن مال الكتابة غير لازم، فلم يجز أن

يعقد عليه بيع لازم لتنافيها، ولأن مالك يقول: إنّ وصل المشتري إلى نجوم الكتابة عتق، وكان ولاؤه للبائع، وإن عجز عن الكتابة ملك رقبة المكاتب وهذا يوجب فساد ابتياعه من خمسة أوجه:

أحدها: أن درك ما فات قبضه مستحق على البائع، وقد عدل به إلى جهة المكاتب.

والثاني: أن الدرك استرجاع الثمن، وقد عدل به إلى رقبة المكاتب.

والثالث: أنه جعل ولاءه لغير معتقه.

والرابع: أنه عدل بعتقه عن الصفة المعقودة في قول البائع: إذا أديت إليَّ آخرها فأنت حر، إلى صفة غير معقودة في أنه إذا أدى إلى المشتري صار حراً.

والخامس: أنه جعله عقداً على مجهول، لتردده بين ملك المال أو السرقة، فأما بيع بريرة فإنما عقد على رقبتها بعد العجز، لأنها أتت عائشة رضي الله عنها تستعين بها في مال كتابتها، والبيع ليس بمعقود على ملك كما ذكره.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَدَّى إِلَى المُشْتَرِي كِتَابَتَهُ بِأَمْرِ سَيِّدِهِ عُتِقَ كَمَا يُؤَدِّي إِلَى وَكِيلِهِ فَيُعْتَقُ».

قال الماوردي: إذا صح بما قدمنا أن بيع نجوم المكاتب باطل، فقبض المشتري منه مال نجومه، فقد قال الشافعي هاهنا: إن أداها بأمر سيده عتق، وحكى الربيع عن الشافعي في كتاب الأم أنه لا يعتق، فاختلف أصحابنا: فكان أبو العباس بن سريج يخرج اختلاف هذين الجوابين على قولين:

أحدهما: أنه يعتق بأدائه إلى المشتري سواء كان أداؤه بأمره أو بغير أمره، لأنه قد أقامه بالعقد مقام نفسه، فصار بمثابة وكيله في قبضه، وهو يعتق بأدائه إلى الوكيل، فوجب أن يعتق بأدائه إلى المشتري.

والثاني: أنه لا يعتق بأدائه إلى المشتري وإن عتق بأدائه إلى الوكيل، لأن المشتري قبضه لنفسه، فكان الأداء إلى غير مستحقه، فلم يتعين به، والوكيل قبضه لموكله، فصار إلى مستحقه، فعتق به.

وقال أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة: ليس اختلاف الجواب على اختلاف قولين وإنما هو على اختلاف حالين وذلك أن يراعى حال الأداء، فإن كان بأمر السيد عتق به، لأن للسيد أن يستوفيه كيف شاء، ويملكه من شاء من مستحق له، وغير مستحق له وإن كان الأداء بغير أمر السيد لم يعتق به المكاتب ما لم يخبر حاله، لأنه

أدّاة إلى غير مستحق سواء كان المكاتب متأولاً جواز الدفع أو غير متأول، لأن تأويله لا يلزم غيره، والله أعلم.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، فمذهبنا صحة الأداء، ونفوذ العتق بشراء المكاتب من مال الكتابة، وكان ولاؤه لسيده دون المشتري، ورجع السيد على المشتري بما قبضه من مال الكتابة، ورجع المشتري بالثمن على السيد، وإن قلنا: إن الأداء فاسد، والعتق غير واقع لم يبر المكاتب بما أدى، ورجع به المكاتب على المشتري، ورجع المشتري بالثمن على السيد، فإذا أدى المكاتب إلى سيده عتق به حينئذ واستقر رجوعه على المشتري بما قبض، وإن عجز عاد إلى رق السيد، وصار السيد هو المستحق للاسترجاع بما قبضه المشتري.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَيْسَ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَشْتَرِيَ مَنْ يُعْتَقُ عَلَيْهِ لَوْ كَانَ حُرًّا».

قال الماوردي: وهذا صحيح، يمنع المكاتب من شراء من يعتق عليه بالنسب كوالديه، ومولوديه حفظاً لماله، فإن اشترى منهم أحداً بغير إذن سيده كان الشراء باطلاً، وجوزه أبو حنيفة وقال يجوز أن يبيعه قياساً وامتنع منه استحساناً، لأنه قد يستفيد كسبه بابتياعه، ويدخله إن عتق في ولاء سيده.

والدليل على فساده ما فيه من استهلاك ثمنه، والتزام نفقته وكسبه مظنون، وقد لا يكون وولاؤه لا يعاوض عليه، فصار ابتياعه إتلافاً، فكان مردوداً، فإن اشتراه بإذن سيده، ففيه قولان كالهبة:

أحدهما: باطل.

والثاني: جائز.

ويتملك كسبه ويلتزم نفقته ويكون تبعاً له يعتق بعتقه ويرق برقه، وفي جواز بيعه له قبل عتقه وجهان:

أحدهما: وهو محكي عن أبي إسحاق المروزي، لا يجوز له بيعه، لأنه لا يجوز لأحد أن يملك ثمن والد أو ولد.

والوجه الثاني: وهو محكي عن أبي علي بن أبي هريرة، يجوز له بيعه، لأن للسيد فيه حقاً.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَهُ أَنْ يَقْبَلَهُمْ إِنْ أَوْصَى لَهُ بِهِمْ وَيَكْتَسِبُونَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ وَيَأْخُذُ فَضْلَ كَسْبِهِمْ وَمَا أَفَادُوا فَإِنْ مَرِضُوا أَوْ عَجِزُوا عَنِ الكَسْبِ أَنْفَقَ عَلَيْهِمْ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا أوصي للمكاتب بابنه أو أبيه أو وُهِبا له جاز له قبول الوصية والهبة، إذا كان والده أو ولده مكتسباً، سواء أذن له السيد في القبول أو لم يأذن لأنه ما أتلف بالقبول مالاً، ولا استفاد به كسباً، فإذا ملكهم بالقبول لم يعتقوا، وكانوا تبعاً له في العتق والرق، وينفق عليهم من أكسابهم ويملك ما فضل عن نفقتهم، فإن مرضوا أو تعرضوا للكسب فلم يكتسبوا أنفق عليهم من ماله.

فإن قيل: فالمكاتب لا يلزمه نفقة الأقارب، قيل: ليس يلزمه نفقتهم بالنسب، وإنما تلزمه نفقاتهم بالملك، فأما إن كان من وُصِّيَ به فمنهم غير مكتسب مثل أن يكون أبوه زَمِناً، وولده طفلاً، ففي جواز قبولهم بغير إذن سيده وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي لا يجوز أن يقبلهم، لأن استهلاك ماله في نفقاتهم كاستهلاكه في أثمانهم.

والوجه الثاني: يجوز أن يقبلهم لجواز أن تحدث لهم أكساب بغير عمل، وربما صحوا فصح منهم العمل، وهذا الوجه ضعيف، لأن الاعتبار بالظاهر من أحوالهم وقت القبول، ولا اعتبار بما يدخل تحت الجواز مما قد يكون ولا يكون.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ جَنَوْا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَفْدِيَهُمْ وَبِيعَ مِنْهُمْ بِقَدْرِ جِنَايَاتِهِمْ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن ما يفديهم به إذا جَنَوا كالثمن المصروف في ابتياعهم، وهو ممنوع من ابتياعهم، فكذلك يمنع من افتدائهم، ويباعوا في جناياتهم، ويجوز أن يتولاه المكاتب وجهاً واحداً، لأنه ليس بيعهم في حق نفسه، وإنما يبيعهم في حق غيره، فصار في بيعهم كالوكيل فإن كانت جناياتهم تستوعب أثمانهم بيع جميعهم، وإن كانت أقل بيع منهم بقدر جناياتهم وكان الباقي منهم على ملك المكاتب يعتق بعتق ولا يقوّم عليه بعد العتق باقي الرق.

فصل: فأما الجناية عليهم فهي للمكاتب، فإن أوجبت القود فالخيار له دونهم، وأن أوجبت المال فهو للمكاتب دون السيد يستعين به في كتابته إلا أن يعجز فيكون لسيده.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ رَقَبَةِ المُكَاتَبِ فَإِنْ قِيلَ

بَيعَتْ بَرِيْرَةُ قِيلَ هِيَ المُسَاوِمَةُ بِنَفْسِهَا عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا وَالمُخْبِرَةُ بِالعَجْزِ بِطَلَبِهَا أُوقِيَّةً وَالرَّاضِيَةُ بِالبَيْعِ».

قال الماوردي: اختلف الفقهاء في بيع رقبة المكاتب، فقال مالك يجوز بيعه، ويكون ولاؤه إن عتق للمشتري، وحكاه أبو ثور عن الشافعي في القديم.

وبه قال عطاء والنخعي وأحمد بن حنبل.

وقال أبو ثور يجوز بيعه، ويكون ولاؤه إن عتق للبائع.

وقال الشافعي في الجديد وسائر كتبه إن بيعه لا يجوز.

وبه قال أبو حنيفة:

وقال الزُّهْرِيُّ وربيعة يجوز بيع المكاتب بإذنه، ولا يجوز بيعه بغير إذنه.

واستدل من ذهب إلى جواز بيعه برواية هشام بن عروة عن أبيه، عن عائشة قالت: كوتبت بريرة على تسع أواقٍ في كل سنة أوقية، فجاءت إلى عائشة رضي الله عنها تستعينها، فقالت عائشة: لا، ولكن إن شئت عددت لهم مالهم عدة واحدة، ويكون الولاء لي، فذهبت بريرة إلى أهلها، فذكرت لهم ذلك، فأبوا عليها إلا أن يكون الولاء لهم، فجاءت إلى عائشة وجاء رسول الله ﷺ فسارتها بما قيل لها: فقالت عائشة رضي الله عنها لا آذن إلا أن يكون الولاء لي فقال رسول الله ﷺ: وَمَا ذَاكَ؟ فَقَالَتْ: أَتَتْنِي بَرِيْرَةُ تَسْتَعِينُنِي فِي كِتَابَتِهَا، فَقُلْتُ: لا إِلاَّ أَنْ يَشَاءَ أَهْلُكِ أَنْ أَعُدَّ لَهُمْ عِدَّةً وَاحِدَةً وَيَكُونُ الوَلاَءُ لِي فَذَهَبَتْ إِلَيْهِمْ، فقالوا: لا إلا أن يكون الولاء لنا، فقال رسول الله ﷺ ابْتَاعِيهَا وَأَعْتِقِيْهَا، وَاشْتَرِطِي لَهُمُ الوَلاَءَ فَإِنَّ الوَلاَءَ لِمَنْ أَعْتَقَ، فَاشْتَرَتْهَا، فَأَعْتَقَتْهَا، ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَخَطَبَ النَّاسَ فَحَمِدَ اللَّهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ ثُمَّ قَالَ مَا بَالُ أَقْوَام يَشْتَرِطُونَ شُرُوطاً لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ، مَنِ اشْتَرَطَ شَرْطاً لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مائَةَ شَرْطٍ، قَضَاءُ اللَّهُ أَحَقُّ، وَشَرْطُ اللَّهَ أَوْثَقُ، مَا بَالُ رِجَالٍ مِنْكُمْ يَقُولُونَ: أَعْتِقْ فُلاَناً وَالْوَلاَءُ لِي إِنَّمَا الْوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» وكان زوجها عبداً فخيرها رسول الله ﷺ فاختارت نفسها، ولو كان حراً لم يخيرها، هذا الحديث في سنن الدراقطني، وهو نص في جواز بيع المكاتب، ولأن المكاتب كالعبد في عامة أحكامه، فوجب أن يكون كالعبد في جواز بيعه، ولأن الكتابة عتق بصفة، وذلك لا يمنع من جواز البيع، كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر، والدليل على فساد بيعه ما قدمناه من المعاني الخمسة في فساد بيع نجومه، ولأن السيد قد عاوض على رقبته بكتابته حتى زال ملكه عن أرش الجناية عليه، فوجب أن يكون ممنوعاً من بيعه، كالعبد المبيع، ولأن البيع إن توجه إلى نجوم الكتابة فقد أبطلناه، لأن ملك السيد عليها غير مستقر، وإن توجه إلى الرقبة اقتضى أن

تكون نجوم الكتابة للسيد البائع، لخروجها من البيع، وإن توجه إليها لم يجز، لأن مال العبد مملوك، وهو لا يدخل في البيع، وما أفضى إلى هذا وجب أن يكون باطلاً، ولأن بيعه لو صح لم يجز أن يعتق على مشتريه، لأن صفة عتقه متقدمة على ملكه، ولا على بائعه لزوال ملكه، وفي ثبوت عتقه بالأداء دليل على فساد بيعه المنافي لحكمه، ولأن عتقه إذا نفذ بعد بيعه مفض إلى سقوط الولاء لمستحقه، لأنه لا يجوز أن يكون للبائع لزوال ملكه، ولا للمشتري، لأنه لم يعقد سبب عتقه، وما أفضى إلى هذا فهو باطل، ولأن عقد الكتابة يمنع من استقرار الملك على الرقبة، لأنه مفض إلى العتق، وعقد البيع يوجب أن يستقر ملك المشتري على المبيع فتنافى اجتماعها، والكتابة لا تبطل بالبيع، فوجب أن يبطل البيع بالكتابة.

فأما الجواب عن حديث بريرة، فهو أن الكتابة غير لازمة من جهة المكاتب وإن كانت لازمة من جهة السيد، فصار مساومة بريرة لمواليها وهم آل المغيرة، في ابتياع نفسها فسخاً منها، كما لو باع بشرط الخيار ثم باع ما باعه كان بيعه الثاني فسخاً للبيع الأول، كذلك يكون مساومة بريرة في نفسها وابتياعها فسخاً، وبيعها بعد فسخ الكتابة جائز ألا ترى أن النبي ﷺ أمر عائشة بعتقها، ولو بقيت الكتابة لعتقت بها؟ قولهم: إن المكاتب في عامة أحواله كالعبد، فليس ينكر أن يكون كذلك، ولا يجوز بيعه كأم الولد، ولأنه قد يخالف العبد في كثير من أحواله، وإن وافقه في شيء منها.

وأما المعتق نصفه فمخالف للمكاتب، لأنه يملك أكسابه وأرش الجناية عليه، فخالف المكاتب في جواز البيع.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ: رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ قِيلَ فَمَا مَعْنَى قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ لِعَائِشَةَ «اشْتَرِطِي لَهُمُ الوَلَاءَ؟» قُلْتُ أَنَا لِلشَّافِعِيِّ فِي هَذَا جَوَابَانِ أَحَدُهُمَا يُبْطِلُ الشَّرْطَ وَيُجِيزُ العِتْقَ وَيَجْعَلُهُ خَاصًّا وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ هَذَا مِنْ أَشَدِّ مَا يُغْلَطُ فِيهِ وَإِنَّمَا جَاءَ بِهِ هِشَامٌ وَحْدَهُ وَغَيْرُهُ قَدْ خَالَفَهُ وَضَعَّفَهُ (قَالَ المُزَنِيُّ) هَذَا أَوْلَى بِهِ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي صِفَةِ النَّبِيِّ ﷺ فِي مَكَانِهِ مِنَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ يُنْكِرُ عَلَى نَاس شَرْطاً بَاطِلاً وَيَأْمُرُ أَهْلَهُ بِإِجَابَتِهِمْ إِلَى بَاطِلٍ وَهُوَ عَلَى أَهْلِهِ فِي اللَّهِ أَشَدُّ وَعَلَيْهِمْ أَغْلَظُ (قَالَ المُزَنِيُّ) وَقَدْ يُحْتَمِلُ أَنْ لَوْ صَحَّ الحَدِيثُ أَنْ يَكُونَ أَرَادَ اشْتَرِطِي عَلَيْهِمْ أَنَّ لَكِ إِنِ اشْتَرَيْتِ وَأَعْتَقْتِ الوَلَاءَ أَيْ لَا تُغْرِيهِمْ وَاللُّغَةُ تَحْتَمِلُ ذَلِكَ قَالَ اللَّهُ جَلَّ ثَنَاؤُهُ ﴿لَهُمُ اللَّعْنَةُ﴾ وَقَالَ ﴿أَنَّ عَلَيْهِمْ لَعْنَةَ اللَّهِ﴾ وَكَذَلِكَ قَالَ تَعَالَى ﴿أَم مَّن يَكُونُ عَلَيْهِمْ وَكِيلاً﴾ وقال ﴿إِنْ أَحْسَنتُمْ أَحْسَنتُمْ لِأَنفُسِكُمْ وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾ أَيْ فَعَلَيْهَا وَقَالَ ﴿وَلَا تَجْهَرُوا لَهُ بِالْقَوْلِ كَجَهْرِ بَعْضِكُمْ لِبَعْضٍ﴾ فَقَامَتْ «لَهُمْ» مَقَامَ «عَلَيْهِمْ» فَتَفَهَّمْ رَحِمَكَ اللَّهُ».

قال الماوردي: وهذا الفصل يشتمل على ثلاثة أمور على حكم، وعلى سؤال، وعلى جواب.

فأما الحكم فيشتمل على مسألتين:

إحداهما: البيع بشرط العتق.

والثانية: البيع بشرط الولاء.

فأما البيع بشرط العتق، ففيه قولان نصّ عليهما الشافعي، وثالث حكاه أبو ثور عنه:

أحدهما: أن البيع صحيح، والشرط لازم، وهو الأظهر من قوله.

والثاني: أن البيع صحيح، والشرط باطل.

والثالث: وهو الذي حكاه أبو ثور أن البيع والشرط باطلان، وهو أقيس وبه قال أبو حنيفة، وقد مضى توجيه هذه الأقاويل في كتاب البيوع.

فأما البيع بشرط الولاء فالشرط في الولاء باطل، وفي بطلان البيع قولان.

والفرق بين شرط العتق وشرط الولاء، أن في شرط العتق قربة، فجاز لأجلها أن يصح البيع، ويلزم الشرط، وليس في شرط الولاء قربة، وهو مخالف لموجب البيع والعتق فبطل، وجاز أن يبطل به البيع.

فصل: وأما السؤال فقد أفرده الشافعي، وأجاب عليه، وهو أنه إذا كان البيع باشتراط الولاء باطلاً فلِمَ أذن رسول الله ﷺ لعائشة رضي الله عنها في اشتراطه مع فساده وحظره، وهو لا يجوز أن يأذن في فاسد ولا محظور، فقد أجاب الشافعي عن هذا السؤال بجوابين، وأجاب المزني عنه بجواب ثالث، وأجاب أبو علي بن أبي هريرة بجواب رابع، وأجاب أبو علي الظهري بجواب خامس وحكى أبو حامد الإسفراييني جواباً سادساً. فالجواب الأول للشافعي فهو أن قوله «واشْتَرِطِي لَهُمُ الْوَلَاءَ» زيادة تفرد بها هشام بن عروة، وقد روى هذا الحديث نافع عن ابن عمر عن عائشة رضي الله عنها فلم يروها فكان ترك الزيادة في هذا الموضع أولى من الأخذ بها لثلاثة أمور:

أحدها: إنكار الرواة لها.

والثاني: منع الشرع منها.

والثالث: صفة النبي ﷺ التي لا يجوز مثل ذلك معها لمكانه من الله تعالى، وأنه قد كان في حقه أشد، وعلى أهله فيه أغلظ، فلم يجز أن يأذن لهم في محظور عليهم وغرور لغيرهم، فهذا جواب.

والجواب الثاني: للشافعي مع إثبات الزيادة أنه كان ذلك من رسول الله ﷺ لسبب خاص دعت إليه حادثة خاصة، وقد أطلق الشافعي ذلك، واختلف أصحابنا فيه على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه أذن به في وقت جوازه ثم ورد بعده نسخ، فأظهر نسخه ففسخه كما أمر سهلة أن ترضع سالماً خمس رضعات، وكان كبيراً، ثم نسخ رضاع الكبير، وقال: «الرَّضَاعَةُ مِنَ الْمَجَاعَةِ».

والثاني: أنهم في الجاهلية كانوا يتبايعون الولاء ويرونه مالاً، فغلظ الأمر فيه مع نهيه عن بيعه بأن أبطله عليهم بعد بيعه، ولذلك غَضِبَ، وصعد المنبر، وخطب وقال: «مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطاً لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ؟ قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ، وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ، وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ».

والثالث: أنه لما نهاهم عن بيع الولاء وهبته ظنوا أن نهيه إنما توجه إلى إفراده بالبيع، وأنه إذا كان مشروطاً في بيع جائز صح، فأحب أن يفسخه عليهم بعد شرطه، ليكون الفسخ أوكد، والنبي أغلظ، كما أنهم كانوا يرون العمرة في أشهر الحج من الكبائر، فلما أذن لهم فيها بقول الله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٦] توقفوا، فأذن لهم في الإحرام بالحج، ثم فسخ عليهم إحرامهم بالحج، وجعله عمرة ليكون تغليظاً عليهم في إثبات أوامره، فهذا جواب ثان.

والجواب الثالث: وهو جواب المزني أن قول النبي ﷺ: «وَاشْتَرِطِي لَهُمُ الْوَلَاءَ» بِمَعْنَى واشترطي عليهم الولاء، لأنه من الألفاظ التي يقوم بعضها مقام بعض، كما قال تعالى: ﴿لَهُمُ اللَّعْنَةُ﴾ [الرعد: ٢٥] بمعنى: عليهم اللعنة، وقال تعالى: ﴿إِنْ أَحْسَنْتُمْ أَحْسَنْتُمْ لِأَنْفُسِكُمْ وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾ [الإسراء: ٧] أي فعليها، وقد رد أصحابنا عليه هذا الجواب من وجهين:

أحدهما: أن موضع الكلام أن يحمل على حقيقته دون مجازه إلا في موضع لا يمكن استعماله على الحقيقة، فيعدل به إلى المجاز، واستعمال الحقيقة هاهنا ممكن في نظم الكلام.

والثاني: أن خروج النبي ﷺ مغضباً، وقوله في خطبته: «مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطاً لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَلَوْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ» دليل على أن الشرط كان لهم، فأبطله عليهم، فهذا حكم الجواب الثالث.

والجواب الرابع: وهو جواب أبي علي بن أبي هريرة أن قول النبي ﷺ «واشْتَرِطِي لَهُمُ الْوَلَاءَ» خارج منه مخرج الوعيد والتهديد، لا مخرج الإذن والجواز، كما قال

تعالى: ﴿فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيَكْفُرْ﴾ [الكهف: ٢٩] وهذا إن كان ظاهر لفظه التخيير فهو وعيد وتهديد.

والجواب الخامس: وهو قول أبي علي الطبري أن قول النبي ﷺ «وَاشْتَرِطِي لَهُمُ الْوَلَاءَ» أي اشترطي لهم العتق، فعبر عن العتق بالولاء لحدوثه عنه، واستحقاقه به، وهذا الجواب أيضاً عدول عن الحقيقة إلى المجاز.

والجواب السادس: وهو الذي حكاه أبو حامد أن اشتراط الولاء تقدم العقد، لأنه كان وقت المساومة، وهو إنما يلزم إذا اقترن بالعقد، فلذلك بطل، فأعلن رسول الله ﷺ إبطال حكمه، وفي هذا الجواب ضعف، لأن رسول الله ﷺ أبطل الشرط لفساده، ولم يبطله لأنه كان في غير محله، ولو أراد ذلك لأزال الالتباس، ولأَبَانَ الحكم المقصود.

بَابُ كِتَابَةِ النَّصْرَانِيِّ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَتَجُوزُ كِتَابَةُ النَّصْرَانِيِّ بِمَا تَجُوزُ بِهِ كِتَابَةُ المُسْلِمِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، وشذ بعض الفقهاء فمنع من كتابة النصراني، لأن الله تعالى ندب المسلمين إليها بقوله تعالى: **﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ﴾** [النور: ٣٣] وهذا قول فاسد، لأن الكتابة إما أن يغلب فيها حكم البيع أو حكم العتق، والنصراني في كلا الأمرين كالمسلم، ولأن ما خوطب به المسلمون من المعاملات يعم حكمه، ولا يقف عليهم، وإذا كانت في غير المسلمين روعي فيها ما يراعى في عقود مكاتبات المسلمين من الأحكام.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَسْلَمَ العَبْدُ ثُمَّ تَرَافَعَا إِلَيْنَا فَهُوَ عَلَى الكِتَابَةِ إِلاَّ أَنْ يَعْجَزَ فَيُبَاعَ عَلَى النَّصْرَانِيِّ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا كانت كتابة النصراني جائزة حملا عليها، وأخذا بموجبها، سواء أقامها على النصرانية أو أسلم السيد أو المكاتب أو هما، لأن عقد الكتابة يصح في كلا الحالين فلم يؤثر فيها انتقال المكاتب من النصرانية إلى الإسلام، فإن أدى عُتِقَ، وكان ولاؤه لسيده، وإن كان لا يرثه به مع اختلاف الدين، وإن عجز عاد رقيقاً، والسيد على نصرانيته لم يقر على ملكه، لأنه ممنوع من استرقاق مسلم، وأخذ ببيعه أو عتقه، ولا يؤخذ بذلك قبل عجزه لخروجه بالكتابة عن حكم ملكه، وإفضائه بها إلى عتقه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى حَلاَلٍ عِنْدَهُمْ حَرَامٌ عِنْدَنَا أَبْطَلْنَا مَا بَقِيَ مِنَ الكِتَابَةِ فَإِنْ أَدَّاهَا ثُمَّ تَحَاكَمَا إِلَيْنَا فَقَدْ عُتِقَ العَبْدُ وَلاَ يَرُدُّ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ شَيْئاً لأَنَّ ذَلِكَ مَضَى فِي النَّصْرَانِيَّةِ وَلَوْ أَسْلَمَا وَبَقِيَ مِنَ الكِتَابَةِ شَيْءٌ مِنْ خَمْرٍ فَقَبَضَهُ السَّيِّدُ عُتِقَ بِقَبْضِهِ آخِرُ كِتَابَتِهِ وَرَجَعَ عَلَى العَبْدِ بِقِيمَتِهِ».

قال الماوردي: اعلم أن مكاتبة النصراني لا تخلو من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون معقودة بحلال كله.

والثاني: أن تكون معقودة بحرام كله.

والثالث: أن تكون معقودة بحرام وحلال.

فأما القسم الأول: وهو أن تكون معقودة بحلال كله، وذلك أن يعقداها بما يتعاقد به المسلمون من الأعواض المباحة، فيحملان عليها، سواء أقاما على النصرانية أو أسلما، ويؤخذان بموجبها من عتق بالأداء أو رق بالعجز.

فصل: وأماالقسم الثاني: وهو أن يعقداها بحرام كله كالخمر والخنزير الذي يرونه مالا ولا نراه مالاً، ولهما إذا أسلما أو أحدهما ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون الإسلام بعد تقابض جميعه، فالعتق به واقع، ولا تراجع بينهما لنفوذه في الشرك المعفو عن عقودهم فيه.

والحال الثانية: أن يكون حدوث الإسلام مع بقاء جميعه، فالكتابة به فاسدة، وإن ترافعا فيها إلى الحاكم حكم بينهما بإبطالها، فإن تأداها منه بعد إبطال الحكم لها لم يقع العتق، وإن تأداها قبل حكم الحاكم بإبطالها وقع العتق فيها بالأداء لحصوله عن عقد فاسد غلب فيه حكم الصفة، وكان للسيد أن يرجع على المكاتب بقيمته، ولم يكن للمكاتب أن يرجع على سيده بقيمة ما قبضه من خنزير أو خمر، لأنه لا قيمة له عندنا في حق مسلم ولا كافر، ولو كان الخمر والخنزير باقياً أخذ بإراقته، وقتل الخنزير، ولم يؤخذ بردهما.

والحال الثالثة: أن يكون الإسلام بعد قبض بعضه وبقاء بعضه، فالكتابة فاسدة، والمقبوض لا يؤثر في مال الكتابة، ولا يعتد في قسط القيمة.

فإن قيل: أفليس لو أصدقها في الشرك خمراً، وأسلما بعد تقابض بعضه كان المقبوض معتداً بقسطه من مهر المثل فهلا كانت الكتابة بمثابته؟ قيل: لأن الكتابة لا يتبعض حكمها، ويقف أولها على أداء آخرها حتى لو أداها إلا درهماً عجز عنه كان له استرقاقه به كما يسترقه بالعجز عن جميعه، فلذلك لم يكن المقبوض في الشرك معتداً به من قسط الكتابة، وخالف الصداق الذي يتبعض حكمه، ولا يقف أوله على آخره، فكان المقبوض فيه في الشرك معتداً بقسطه من المهر، وإذا لم يعتد بالمقبوض منه في الشرك نظر، فإن ترافعا إلى الحاكم حكم بينهما بفسخ الكتابة، ولم يعتد فيها بأداء الباقي، وإن لم يترافعا فللسيد أن يمتنع من قبض الباقي، لأنه لا يجوز له بعد إسلامه أن يعاوض بخمر ولا خنزير، فإن قبضه عتق به تغليباً لحكم الصفة، ورجع عليه بجميع قيمته.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يعقداها بحلال وحرام، فالكتابة فاسدة، لأن تحريم بعض العوض كتحريم جميعه في فساد العقد، وإذا كان كذلك فلهما بعد الإسلام أربعة أحوال:

أحدها: أن يكون الإسلام بعد تقابض جميعه، فيكون العتق واقعاً، ولا تراجع.

والحال الثانية: أن يكون الإسلام قبل قبض جميعه، فالكتابة باطلة فإن حكم بإبطالها لم يصح العتق فيها بالأداء، وإذا حصل الأداء قبل التحاكم عتق به تغليباً لحكم الصفة، ورجع السيد على المكاتب بقيمته، ورجع المكاتب عليه بما أدى من العوض الحلال دون الحرام، وإن كان من جنس القيمة تقاصاه.

والحال الثالثة: أن يتقابضا الحلال، ويبقى الحرام، فتكون باطلة، فإن أدى الحرام قبل التحاكم عتق بالصفة وتراجعا.

والحال الرابعة: أن يتقابضا الحرام في الشرك، ويبقى الحلال في الإسلام، ففي الكتابة وجهان:

أحدها: يحكم بصحتها، لأن الحرام بقبضه في الشرك قد صار عفواً، والباقي من الحلال في الإسلام يجوز أن يكون عوضاً، فعلى هذا يؤدي المكاتب الحلال، ويعتق به ولا تراجع فيه.

والوجه الثاني: يحكم بفساد الكتابة لأن الحلال بعض العوض في عقد فاسد، وللسيد إبطالها، لئلا يعتق بأدائها ويصير عبداً، فإن لم يبطلها ولا حكم بإبطالها حاكم عتق فيها بالأداء، ورجع السيد بقيمته، ورجع المكاتب بما أداه وكان قصاصاً إن تجانس والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوِ اشْتَرَى مُسْلِماً فَكَاتَبَهُ فَفِيهَا قَوْلَانِ أَحَدُهُمَا أَنَّ الكِتَابَةَ بَاطِلَةٌ لأَنَّهُ لَيْسَ بِإِخْرَاجٍ لَهُ مِنْ مِلْكِهِ تَامٌّ فَإِنْ أَدَّى جَمِيعَ الكِتَابَةِ عُتِقَ بِكِتَابَةٍ فَاسِدَةٍ وَتَرَاجَعَا كَمَا وَصَفْتُ. وَالْقَوْلُ الآخَرُ أَنَّهَا جَائِزَةٌ فَمَتَى عَجَزَ بِيعَ عَلَيْهِ (قَالَ المُزَنِيُّ) القَوْلُ الآخَرُ أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ لأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنَ النَّصْرَانِيِّ بِكِتَابَتِهِ وَعَسَى أَنْ يُؤَدِّي فَيُعْتَقَ فَإِنْ عَجَزَ رُقَّ وَبِيعَ مَكَانَهُ وَفِي تَثْبِيتِهِ الكِتَابَةَ إِذَا أَسْلَمَ العَبْدُ وَمَوْلَاهُ نَصْرَانِيٌّ عَلَى مَا قُلْتُ دَلِيلٌ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ».

قال الماوردي: أما إذا اشترى النصراني عبداً مسلماً، ففي عقد الشراء قولان:

أحدهما: باطل لا يثبت له عليه ملك ولا يجري عليه كتابة، وإن كوتب لم يعتق فيها بالأداء لا على صحة، ولا على فساد.

والقول الثاني: وهو مذهب أبي حنيفة أن الشراء صحيح لكن لا يقر على ملكه، لئلا يثبت له عليه صغار، ويؤخذ بإزالة ملكه عنه إما ببيع أو عتق الخيار إلى السيد في البيع أو العتق، فإذا فعل أحدهما زال الاعتراض عنه، وإن دبره ولم يعتقه لم يقر على تدبيره لما في التدبير من استدامة رقه مدة حياته، وإن كاتبه ففي صحة الكتابة قولان:

أحدهما: وهو اختيار المزني أن الكتابة صحيحة لأمرين:

أحدهما: أنها قد رفعت عنه يد السيد، فزال عنه الصغار.

والثاني: أنه لو كاتبه في النصرانية ثم أسلم أقر على الكتابة، فكذلك إذا كان الإسلام قبل الكتابة.

والقول الثاني: أن الكتابة فاسدة لأمرين:

أحدهما: أن بقاء الرق وثبوت الحجر صغار، والكتابة لا ترفع الرق، ولا تمنع الحجر، فلم تصح.

والثاني: أن رفع الصغار عن المسلم من حقوق الله تعالى لا من حقوق العبد المسلم، لأن رضى العبد به غير مؤثر، فلما لم يقر الصغار مؤبداً لم يقر إلى غاية.

فأما إذا كاتبه في النصرانية ثم أسلم العبد فإنما تقر الكتابة، ولا يباع فيها، لأنها عقدت في وقت الجواز ثم طرأ الإسلام على مكاتب لا يجوز بيعه، فلذلك أقرت وإذا عقدت بعد الإسلام فقد عقدت على عبد وجب بيعه، فلذلك بطلت، ولكن لو أسلم العبد النصراني ثم كوتب كانت كتابته على القولين الماضيين للتعليل الذي ذكرناه توجيهاً، وفرقاً.

فصل: فإذا تقرر القولان، فإن قلنا بصحة الكتابة روعي حالها، فإن أداها المكاتب وعتق زال الاعتراض عن السيد، وكان له الولاء، وإن عجز ورق أخذ السيد حينئذ بإزالة ملكه عنه ببيع أو هبة أو عتق، فإن لم يفعل واحداً منها بيع عليه جبراً، ولم يعتق عليه، لأنه ملك له، فلا يستهلك عليه، وإن قلنا بفساد الكتابة منع في الحال من إقراره على تملكه، وأخذ بإزالة ملكه، فإن تأخر المالك حتى أدى المكاتب كتابته عتق في كتابة فاسدة، فيرجع السيد عليه بقيمته، فيرجع المكاتب بما أدى من كتابته، ويتقاصانه إن تجانسا، والله أعلم.

كِتَابَةُ الحَرْبِيِّ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «إذَا كَاتَبَ الحَرْبِيُّ عَبْدَهُ فِي دَارِ الحَرْبِ ثُمَّ خَرَجَا مُسْتَأْمنين أَثْبَتهَا إِلاَّ أَنْ يَكُونَ أَحْدَثَ لَهُ قَهْراً فِي إِبْطَالِ كِتَابَتِهِ فَالكِتَابَةُ بَاطِلَةٌ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، وأصل ذلك أن أهل الحرب يملكون ملكاً صحيحاً عند الشافعي.

وقال مالك: لا يملكون.

وقال أبو حنيفة: يملكون ملكاً ضعيفاً، وللكلام عليها موضع قد تقدم، وفي قول الله تعالى: ﴿وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَارَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ﴾ [الأحزاب: ٢٧] دليل كاف، لأنه أضاف ذلك إليهم إضافة ملك تام.

وإذا ثبت ملك الحربي، فكاتب عبده في دار الحرب صحت كتابته، لأن الكتابة عتق بعرض يملك الحربي كل واحد منهما، فملك الجمع بينهما، فإذا دخل الحربي بمكاتبه إلى دار الإسلام كانت الكتابة بحالها، ولا يعترض عليهما فيها ما لم يترافعا فيها إلينا، فإن ترافعا إلينا اعتبرناها، فإن عقدت بما تصح به كتابة المسلم حكم بصحتها، وإن عقدت بما لا تصح به كتابة المسلم حكم بفسادها.

فصل: فأما إذا أحدث له السيد قهراً أبطل به كتابته، روعي حال قهره وإبطاله لكتابته، فإن فعل ذلك في دار الحرب نفذ حكم قهره، وبطل ما عقده من كتابته، لأن دار الحرب دار إباحة ومن تغلب فيها على شيء ملكه ألا ترى أن عبداً لو تغلب على سيده في دار الحرب فاسترقه، ودخل به دار الإسلام ملكه، وصار العبد حراً مالكاً لسيده، والسيد مملوكاً لعبده؟ كذلك عليه السَّيِّدُ على مكاتبه، وإبطاله لكتابته تشارك على تغليبه وقهره، فإذا دخلا بعد ذلك دار الإسلام أقرا على ما خرجا عليه من دار الحرب، وبطلت الكتابة ولم يعتق فيها بالأداء، وإن دخلا دار الإسلام وهما على الكتابة ثم استأنف السيد فيها فسخ الكتابة غلبة وقهراً لم تنفسخ، وكانت على لزومها، ويؤخذ السيد بحكمها بخلاف فعله في دار الحرب، لأن دار الإسلام دار عدل وأمان، ودار الحرب دار غلبة وقهر، قال النبي ﷺ: «مَنَعَتْ دَارُ الإِسْلاَمِ مَا فِيهَا، وَأَبَاحَتْ دَارُ الشِّرْكِ مَا فِيهَا».

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ السَّيِّدُ مُسْلِماً فَالكِتَابَةُ ثَابِتَةٌ فَإِنْ سُبِيَ لَمْ يَكُنْ رَقِيقاً لأَنَّ لَهُ أَمَاناً مِنْ مُسْلِمٍ بِعِتْقِهِ إِيَّاهُ».

قال الماوردي: وصورتها في مسلم كاتب عبداً له حربياً، فالكتابة لازمة، وليس له فسخها عليه في دار الحرب، لأن أحكام الإسلام عليه جارية، فلو دخل بعبده دار الإسلام كانت الكتابة بحالها لم تزدها دار الإسلام إلا تأكيداً، وللعبد أمان على نفسه، بملك المسلم له، ولا تؤخذ منه جزية وإن طال مقامه في دار الإسلام لأن العبد لا جزية عليه، فيراعى حال كتابته، فإن عجز عنها رق، وكان عبداً لسيده، وإن أدى وعتق صار حراً، وعليه الولاء لسيده، ولا يقر في دار الإسلام إلا بجزية، لأنه حر فإن عاد إلى دار الحرب فسبي لم يجز أن يسترق، وكان السابي على خياره بين قتله أو أخذ فدائه، أو المن عليه، ويكون فيه ممنوعاً من الاسترقاق وحده، لأن في استرقاقه إبطالاً لولائه الذي قد ملكه مسلم، فلم يجز.

فإن قيل: أفليس لو سبي حربي هو ابن لمسلم جاز استرقاقه، فما الفرق؟ قيل: لأن النسب لا يبطل بالاسترقاق، والولاء يبطل بالاسترقاق فإن قيل: فما الحكم في المسلم إذا كانت له زوجة حربية فسبيت أفينفسخ نكاحها بالسبي أم يكون باقياً للمسلم كالولاء؟ قيل: قد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: أنه يكون باقياً.

والفرق بينهما: النكاح يلحقه الفسخ بالعيوب، فجاز أن يلحقه الفسخ بالسبي، والولاء لا يلحقه الفسخ، ولا يزول بعد ثبوته، فلذلك لم تزل بالسبي. فإن قيل: فكيف يفسخ النكاح بالسبي، والمسلم لو استأجر من دار الحرب دابة فغنمت لم تبطل إجارته، والنكاح أوكد؟

قيل: الفرق بينهما هو أن الإجارة مدة لا يستديم بها الضرر على الغانمين، فلزمت إلى انقضاء مدتها، وليس تنقطع مدة النكاح لتأبيدها، فانفسخ لاستدامة ضرره، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَاتَبَهُ المُسْتَأْمِنُ عِنْدَنَا وَأَرَادَ إِخْرَاجَهُ مُنِعَ وَقِيلَ: إِنْ أَقَمْتَ فَأَدِّ الجِزْيَةَ وَإِلاَّ فَوَكِّلْ بِقَبْضِ نُجُومِهِ فَإِنْ أَدَّى عُتِقَ وَالوَلاَءُ لَكَ وَإِنْ مِتَّ دُفِعَتْ إِلَى وَرَثَتِكَ وَقَالَ فِي كِتَابِ السِّيَرِ يَكُونُ مَغْنُوماً (قال المزني) الأَوَّلُ أَوْلَى لأَنَّهُ إِذَا كَانَ فِي دَارِ الحَرْبِ حَيّاً لاَ يُغْنَمُ مَالُهُ فِي دَارِ الإِسْلاَمِ لأَنَّهُ مَالٌ لَهُ أَمَانٌ فَوَارِثُهُ فِيهِ بِمَثَابَتِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا دخل الحربي بعبده دار الإسلام مُسْتَأْمِناً، ثم

كاتب عبده وأراد الرجوع به إلى دار الحرب بعد كتابته فإن ساعده المكاتب لم يمنع من الرجوع معه، وإن لم يساعده، واستعدانا عليه منعناه من إخراجه معه، لأن دار الإسلام تجري على العقود فيها أحكام الوفاء بها، وهو إذا خرج به لم يؤمن أن يغلبه على إبطال كتابته، فلذلك منع، ولأن عقد الكتابة قد منع سيده منه، فصار له مال الكتابة ديناً عليه، وَمَنْ عليه دين لا يلزمه السفر مع صاحب الدين، ولو كان الحربي قد كاتب عبده في دار الحرب، ثم دخل إلينا بعبده مستأمِناً لم يمنع من رده إلى دار الحرب، لأنه عقد لم تجر عليه حرمة الإسلام، فافترقا.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا، وأن الحربي ممنوع من إخراج من كاتبه في دار الإسلام، وإن لم يمنع من إخراج من كاتبه في دار الحرب، قيل للحربي بعد منعه من إخراج مكاتبه في دار الإسلام أنت بالخيار بين أن تقيم في دار الإسلام لاستيداء مال الكتابة، وبين أن توكل من يقبضه لك، فترجع إلى دار الحرب، فإن أراد المقام في دار الإسلام منع من استدامة مقامه إلا بجزية يؤديها عن رقبته، ليصير له بعد الأمان ذمة بالجزية، فإن استأدى مال الكتابة عتق المكاتب، ولم يكن له أن يقيم بعد عتقه، إلا بجزية، لأنه قد صار حراً معتبراً بجزية نفسه، وإن عجز المكاتب عاد عبداً، ولم تلزمه الجزية، لأنه تبع لسيده، ولو عاد المكاتب بعد عتقه إلى دار الحرب، فسبي جاز استرقاقه، وإن كان عليه ولاء لذمي، بخلاف من كان ولاؤه لمسلم، لأن الذمي يجوز أن يسترق، فلذلك جاز استرقاق مولاه، والمسلم لا يجوز أن يسترق فلم يجز أن يسترق مولاه، فإن وكل هذا الحربي من ينوب عنه في قبض الكتابة، وعاد إلى دار الحرب قام وكيله في قبض مال الكتابة مقامه، فإذا أدى المكاتب إليه مال الكتابة عتق، وكان ولاؤه لسيده، وإن عجز رق، وكان ملكاً لسيده، فلو كان المكاتب على حاله، فنقض سيده الأمان في دار الحرب، وخرج إلينا محارباً، فهل يغنم مكاتبه أم لا؟ على قولين حكاهما ابن أبي هريرة:

أحدهما: يغنم هذا المكاتب، لأنه ممنوع بأمان السيد، فإذا ارتفع أمانه بنقض العهد زال المنع، فعلى هذا يؤدي المكاتب مال الكتابة إلى بيت المال، لأنه فيء يصرف مال الأداء مصرف الفيء، وإن عجز رق، وكان قِنّاً.

والقول الثاني: لا يغنم المكاتب، ويكون الأمان مستبقى في حقه، لأنه قد يجوز أن يكون للحربي أمان على ماله دون نفسه وأمان على نفسه دون ماله، وأمان على نفسه وماله فكذلك جاز إذا انتقض أمانه في نفسه جاز أن يكون باقياً في ماله.

فصل: وأما إذا مات سيده، ففيه قولان حكاهما المزني:

أحدهما: وهو اختيار المزني أن وارثه يقوم مقامه في استيفاء مال الكتابة، ولا

يكون غنيمة، لأن الوارث يقوم مقام الموروث في ماله بحقوقه كلها كالمرهون، وما استحقت به النفقة.

والقول الثاني: ذكره الشافعي في كتاب «الأم» يصير مغنوماً يؤدي مال كتابته إلى بيت المال، ويكون ولاؤه إن عتق لكافة المسلمين، وإن رق كان فيئاً لأن الأمان لا يورث، ولا يتجاوز المستأمِن، وقد زال الأمان بالموت، وصار المكاتب لمن ليس له أمان، فلذلك صار مغنوماً والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ خَرَجَ فَسُبِيَ فَمُنَّ عَلَيْهِ أَوْ فُودِيَ بِهِ لَمْ يَكُنْ رَقِيقاً وَرُدَّ مَالُ مُكَاتَبِهِ إِلَيْهِ فِي بِلاَدِ الحَرْبِ أَوْ غَيْرِهِ فَإِنَّ اسْتَرَقَّ وَعُتِقَ مُكَاتَبُهُ بِالأَدَاءِ وَمَاتَ الحَرْبِيُّ رَقِيقاً لَمْ يَكُنْ رَقِيقاً وَلاَ وَلاَءَ لأَحَدٍ بِسَبَبِهِ وَالمُكَاتَبُ لاَ وَلاَءَ عَلَيْهِ إِلاَّ أَنْ يُعْتَقَ الحَرْبِيُّ قَبْلَ مَوْتِهِ فَيَكُونَ لَهُ وَلاَءُ مُكَاتَبِهِ وَمَا أَدَّى مِنْ كِتَابَتِهِ لأَنَّ ذَلِكَ مَالٌ كَانَ مَوْقُوفاً لَهُ أَمَانٌ فَلَمْ يَبْطُلْ أَمَانُهُ مَا كَانَ رَقِيقاً وَلَمْ نَجْعَلْهُ لَهُ فِي حَالِ رِقِّهِ فَيَأْخُذَهُ مَوْلاَهُ فَلَمَّا عُتِقَ كَانَتِ الأَمَانَةُ مُؤَدَّاةً (قَالَ المُزَنِيُّ) وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ فِيهَا قَوْلاَنِ أَحَدُهُمَا هَذَا وَالثَّانِي لَمَّا رُقَّ كَانَ مَا أَدَّى مُكَاتَبُهُ فَيْئاً وَقَالَ فِي كِتَابِ السِّيَرِ يَصِيرُ مَالُهُ مَغْنُوماً (قَالَ المُزَنِيُّ) هَذَا عِنْدِي أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ الَّذِي خَتَمَ بِهِ قَبْلَ هَذِهِ المَسْأَلَةِ لأَنَّهُ لَمَّا بَطَلَ أَنْ يَمْلِكَ بَطَلَ عَنْ مَالِهِ مِلْكُهُ».

قال الماوردي: وصورتها في حربي كاتب عبده في دار الإسلام بعد استئمانه، ثم لحق بدار الحرب، فإن أمانه يزول بعوده إلى دار الحرب عن نفسه، وعن ماله الذي عاد معه ولا يزول أمانه عن المال الذي خلفه في دار الإسلام، لأن الأمان يتميز على ما ذكرنا، ويكون مال الكتابة يستوفيه وكيل هذا السيد الحربي، فإن سبي هذا السيد فأمير الجيش فيه بالخيار في فعل الأصلح في أحد أربعة أمور من قتله، أو مفاداته، أو استرقاقه، أو المن عليه، فإن قتله كان قتله بعد الأسر كموته من غير أسر، وهل يغنم المكاتب أم لا؟ على ما مضى من القولين، وإنْ مَنَّ عليه أو فودي به كان المن والفداء أماناً له، فيكون المكاتب في حق هذا السيد على حكمه قبل أسره يؤدي مال الكتابة إليه إن كان في دار الإسلام أو إلى وكيله إن عاد إلى دار الحرب، وإن استرق هذا السيد بعد أسره زال ملكه عنه بالاسترقاق، لأن الرق يمنع من ثبوت الملك، ولا ينتقل ماله إلى سيده الذي استرقه، لأن السيد إنما يملك أكساب عبده بعد استرقاقه، وذاك مال قد كسبه قبل الاسترقاق، فلم يملكه سيده، ولا يكون أيضاً لوارث هذا الأسير المسترق، لأنه مملوك حي ولا يورث مملوك ولا حي.

فصل: فإذا تقررت هذه الجملة انتقل الكلام إلى حكم المكاتب بعد استرقاق سيده، فتكون كتابته بحالها لا تبطل باسترقاق سيده، ولا يجوز أن يؤديها إلى وكيل السيد، لأن زوال ملكه بالاسترقاق قد أبطل وكالته، ويكون الحاكم هو المستأدي لها أو من يندبه لذلك من أمنائه، ويكون حكم استرقاقه مبنياً على حكم موته، فإن قلنا: إنه لو مات لم يغنم ماله كان موروثاً عنه، فلذلك إذا استرق لم يغنم ماله الذي في دار الإسلام، ولا المكاتب الذي فيها، ويكون ماله موقوفاً على ما يحدث بعد استرقاقه من عتق أو موت على رق، وإن قلنا إنه لو مات كان ماله ومكاتبه مغنوماً، ففيه إذا استرق قولان:

أحدهما: يكون مغنوماً، لأن الرق يزيل الملك كالموت، فاستويا في غنيمة ماله.

والقول الثاني: أن ماله لا يغنم باسترقاقه، وإن غنم بموته.

والفرق بينهما: أن زوال الملك بالموت لا يرجى عوده، لاستحالة حياته بعد موته، وزوال ملكه بالرق يرجى عوده، لجواز عتقه بعد رقه، فلا يغنم عليه ماله بالرق، ويكون موقوفاً على ما يحدث من عتقه أو موته.

فصل: فإذا ثبت ما ذكرنا من حكم ملكه بعد رقه، فإن قلنا: يكون مغنوماً كان ما يؤديه المكاتب فيئاً لبيت مال المسلمين، فإن عتق بالأداء كان ولاؤه لكافة المسلمين، ويكون معنى قول الشافعي: «ولا ولاء لأحد بسببه» يعني: أنه لا ولاء لأحد من المسلمين بعينه، لأن ولاءه لجماعتهم، وإن عجز هذا المكاتب ورق كان مملوكاً في بيت المال لكافة المسلمين، وسواء على هذا القول أن يموت سيده على رقه أو يعتق قبل موته، وإن قلنا: إن ماله يكون بعد حدوث رقه موقوفاً على ما يكون من عتقه أو موته فله حالتان: حالة يعتق قبل موته، وحالة يموت على رقه، فإن عتق قبل موته عاد ماله الموقوف إلى ملكه، وإن كان المكاتب باقياً على كتابته أداها عتق وكان ولاؤه إن عتق له، وإن كان قد أداها إلى الحاكم أخذ من الحاكم ما استأداه من كتابته، وكان له ولاء مكاتبه، وإن مات على رقه كان ماله مغنوماً لا يرد على سيده، ولا على وارثه، ويعتبر حال مكاتبه، فإن له حالتين:

إحداهما: أن يعجز، ويرق، فيكون مغنوماً كسائر أمواله.

والحالة الثانية: أن يؤدي فيعتق فلا يخلو حال عتقه بالأداء من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون قبل استرقاق سيده، ففي ولائه وجهان:

أحدهما: أن يكون لبيت المال كسائر أمواله.

والوجه الثاني: يزول الولاء، ويرتفع، ويصير المكاتب بعد العتق ممن لا ولاء عليه، وهو معنى قول الشافعي: ولا ولاء لأحد بسببه.

والقسم الثاني: أن يكون عتق المكاتب بعد استرقاق سيده وقبل موته، فالولاء ثابت، وفي مستحقه قولان:

أحدهما: يكون لبيت المال.

والثاني: يكون لسيد السيد مبنيان على اختلاف قولي الشافعي في مكاتب المكاتب إذا عتق الثاني قبل عتق الأول كان في ولاء الثاني قولان:

أحدهما: يكون للسيد.

والثاني: موقوف على المكاتب الأول.

والقسم الثالث: أن يكون عتق المكاتب بعد موت سيده، فيكون ولاؤه ثابتاً لبيت المال قولاً واحداً، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَغَارَ الْمُشْرِكُونَ عَلَى مُكَاتَبٍ ثُمَّ اسْتَنْقَذَهُ الْمُسْلِمُونَ كَانَ عَلَى كِتَابَتِهِ».

قال الماوردي: وصورتها في مسلم كاتب عبده ثم أغار المشركون على المكاتب، فسبوه لم يملكوه على سيده، وكان على كتابته، لأن المشرك لا يملك مال مسلم، وقد وافقنا عليه أبو حنيفة في أنهم لا يملكون على المسلم مكاتبة، ولا مدبره، ولا أم ولده، وخالف فيما سوى ذلك من أموال المسلم، وما وافق عليه أصل يحجه فيما خالف فيه، وهكذا لو كان المكاتب المسبي لذمي في دار الإسلام أو مستأمن لم يملك المشركون عليه بالسبي، لأن لدار الإسلام حرمة تمنع منه، وإذا كان كذلك فالمكاتب بعد السبي على كتابته، وليس للسبي تأثير في حلها، للزوم العقد في حقه، فإذا أدى في حال السبي عتق، وإن لم يؤد فلا يخلو حاله من أحد أمرين.

إما أن يكون مطلق التصرف في دار الحرب أو مقهوراً، فإن كان مطلق التصرف في دار الحرب فخلا بينه وبين الكسب، فذلك الزمان محسوب عليه من نجوم كتابته، وللسيد إذا حلت نجومه أن يعجزه بها، ويعيده عبداً، وإن كان مقهوراً فيها لغلبة المشركين على استخدامه حتى قدرنا عليه، فهل يحسب عليه المدة التي كان فيها مغلوباً على نفسه أم لا؟ على قولين كالمكاتب إذا غلبه سيده على نفسه باستخدامه:

أحد القولين: أنه لا يحتسب عليه بتلك المدة، لأن الأجل في الكتابة موضوع لاكتساب المكاتب فيها والاكتساب في زمان الغلبة غير ممكن، فلم يحتسب به، فعلى

هذا يلغى زمان الغلبة في السبي،ولا يعتدّ به في نجوم الكتابة، ويستأنف الأجل بعد القدرة عليه على ما تقدم قبل السبي له، فإذا حلت نجومه طولب بكتابته، فإن أداها وإلا أعاده السيد بالتعجيز عبداً.

والقول الثاني: أن زمان القهر والغلبة محسوب عليه في نجومه، وأجل كتابته، لأنه لا صنع للعبد فيها فجرى مجرى عجزه عن الكسب في زمان القهر في احتسابه عليه مجرى عجزه عن الكسب بالمرض ووجوب احتسابه عليه، فعلى هذا إن حلت نجومه، وهو مقهور بالسبي كان للسيد تعجيزه وإعادته عبداً، وهل يجوز أن ينفرد بتعجيزه وفسخ كتابته أم لا، على وجهين:

أحدهما: يجوز له تعجيزه وفسخ كتابته من غير حاكم يفسخها، كما لو كان المكاتب حاضراً.

والوجه الثاني: ليس له فسخها مع غيبته إلا بحكم حاكم ينوب عن المكاتب في غيبته، لئلا يصير منفرداً بها، وليكون الحاكم كاشفاً عن حال المكاتب، لجواز أن يكون له مال يؤدي منه فإذا فسخت الكتابة عليه وصار عبداً في الحكم ثم عاد وبَانَ أنه كان ذا مال لم يقدر على إيصاله إلى سيده بطل الحكم بتعجيزه واسترقاقه، وحكم بعتقه بعد أدائه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَاتَبَهُ فِي بِلَادِ الحَرْبِ ثُمَّ خَرَجَ المُكَاتَبُ إِلَيْنَا مُسْلِماً كَانَ حُرًّا».

قال الماوردي: إذا كاتب الحربي عبده في دار الحرب ثم خرج المكاتب منها إلى دار الإسلام مسلماً أو بأمان، فله حالتان:

إحداهما: أن يفعل ذلك غير متغلب على نفسه، فيكون على حمله كتابته يؤديها إلى سيده، وإن كان حربياً.

والحال الثانية: أن يتغلب على نفسه، فيصير بالغلبة حراً قد زال عنه ملك سيده لنفوذ أحكام الغلبة عليه في دار الحرب كما لو غلب سيده فاسترقه صار عبداً له، فكذلك لو عتق المكاتب في دار الحرب بالأداء، فغلبه السيد على نفسه، وأعاده إلى رقه صار عبداً، لأن دار الحرب تبيح ما فيها، والله أعلم بالصواب.

كِتَابَةُ المُرْتَدِّ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَاتَبَ المُرْتَدُّ عَبْدَهُ قَبْلَ أَنْ يَقِفَ الحَاكِمُ مَالَهُ كَانَ جَائِزاً وَقَالَ فِي كِتَابِ المُدَبَّرِ إِذَا دَبَّرَ المُرْتَدُّ عَبْدَهُ فَفِيْهِ ثَلاَثَةُ أَقَاوِيلَ قَدْ وَصَفْتُهَا فِيْهِ وَقَضَيْتُ أَنَّ جَوَابَهُ فِي المُكَاتَبِ أَصَحُّهَا قَالَ فَإِنْ نَهَى الحَاكِمُ المُكَاتَبَ أَنْ يَدْفَعَ إِلَى المُرْتَدِّ كِتَابَتَهِ فَدَفَعَهَا لَمْ يَبْرَأْ مِنْهَا وَأَخَذَهُ فَإِنْ عَجَزَ ثُمَّ أَسْلَمَ السَّيِّدُ أَلْغَى السَّيِّدُ التَّعْجِيزُ».

قال الماوردي: اعلم أن كتابة المرتد لعبده تنقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكاتبه في حال إسلامه، وقبل ردته، فالكتابة ماضية، ولا يؤثر فيها حدوث الردة، ويكون ما قبضه من مال الكتابة موقوفاً، وداخلاً تحت الحجر كسائر أمواله، فإن عاد إلى الإسلام دفع إليه مال الكتابة، وكان له ولاء مكاتبه إن عتق، وملك رقبته إن رق، وإن مات في الردة أو قتل عليها كان مال الكتابة مع سائر أمواله، وولاء المكاتب إن عتق وملك رقبته إن رق فيئاً في بيت المال.

فصل: والقسم الثاني: أن يبتدىء كتابته بعد الردة، وقبل الحجر عليه، فقد ذكر الشافعي جواز كتابته في هذا الموضع، وذكر في تدبيره ثلاثة أقاويل:

أحدها: أنها جائزة، فعلى هذا تكون كتابته جائزة.

والقول الثاني: أن تدبيره باطل، فعلى هذا تكون كتابته باطلة.

والقول الثالث: أن تدبيره موقوف مراعى فإن عاد إلى الإسلام صحت، وإن قتل بالردة بطلت، فعلى هذا اختلف أصحابنا هل يصح تخريج هذا القول الثالث في الكتابة أنها تكون موقوفة مراعاة على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، وطائفة من المتقدمين، أنه لا يصح أن يكون عقد الكتابة موقوفاً، لأن عقود المعاوضات لا يصح وقفها كالبيع، وليس في الكتابة إلا قولان بطلانها في أحدهما، وجوازها في الآخر.

والوجه الثاني: وهو اختيار أبي إسحاق المروزي، وأبي حامد الإسفراييني، أنه

يصح تخريجه في الكتابة، ويجوز أن تكون موقوفة كالتدبير كما يصح أن تكون محاباة المريض، وهباته موقوفة، فعلى هذا تكون الكتابة على ثلاثة أقاويل:

أحدها: جائزة، سواء عـاد إلى الإسلام أو قتل بالردة.

والثاني: باطلة سواء عاد إلى الإسلام أو قتل بالردة.

والثالث: أنها موقوفة، فإن عاد إلى الإسلام صحت، وإن قتل بالردة بطلت.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من الأقاويل الثلاثة، فإن قلنا ببطلان الكتابة لم يعتق المكاتب فيها بالأداء، لأنها بطلت بحكم المنع منها، فجرت مجرى كتابة الصبي والمجنون لا يقع العتق فيها بالأداء، وإن قلنا بجواز الكتابة، فإن أداها المكاتب إليه قبل حجر الحاكم عليه عتق، وإن أداها إليه بعد الحجر عليه لم يعتق لدفعها إلى غير مستحق لقبضها، وأخذ بأدائها إلى الحاكم، فإن عجز عنها أعاده بالتعجيز عبداً، وإن أسلم المرتد عتق عليه بما استأداه في ردته، وخالف ما يستأديه المحجور عليه بالسفه إذا فك حجره في أنه لا يعتد بأدائه في حال حجره، لأن حجر السفه في حق السفيه حفاظاً لماله عليه، فلذلك لم يحتسب بالأداء، وحجر الردة في حق المسلمين لحفظه عليهم، فإذا زاد صار له، فاحتسب به، وجرى مجرى رجل كان عليه دين فدفعه إلى ابن صاحب الدين لم يبرأ بدفعه فلو مات صاحب الدين وورثه ابنه برىء بذلك الدفع، وإن قلنا توقف الكتابة كان الأداء فيها إلى المرتد موقوفاً، فإن عاد إلى الإسلام صحت الكتابة والأداء، وصار المكاتب حراً، وإن قتل بالردة بطلت الكتابة والأداء، وكان المكاتب عبداً لكافة المسلمين.

فصل: **و القسم الثالث**: أن يستأنف كتابته بعد الحجر عليه في ردته، فقد اختلف أصحابنا، فالذي عليه جمهورهم أن الكتابة باطلة قولاً واحداً، لأن ثبوت الحجر يمنع من نفوذ العقود، ومنهم من خرّجها على الأقاويل، وهو قول من أثبت الحجر بنفس الردة، ولذلك سوى بين الحالين، ويكون الحكم فيها إن بطلت أو صحت على ما قدمناه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوِ ارْتَدَّ العَبْدُ ثُمَّ كَاتَبَهُ جَازَ وَكَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ المُرْتَدِّ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا ارتد العبد، فكاتبه السيد بعد ردته صحت كتابته لبقائه بعد الردة على ملك السيد، وجواز تصرف السيد فيه ببيعه وعتقه، ولا يحجر عليه بالردة في كسبه، لأن كسبه ملك لسيده، ويؤخذ بأدائه إلى السيد في كتابته، فإن أداها عتق بها ثم روعي حال ردته، فإن قتل بها كان ماله فيئاً. وإن تاب منها بالإسلام كان ماله إن مات ميراثاً لسيده بالولاء، وإن عجز عن الأداء عاد عبداً، وقتل بالردة إن أقام عليها، وكان ما بيده للسيد ملكاً لا إرثاً، وبالله التوفيق.

جِنَايَةُ المُكَاتَبِ عَلَى سَيِّدِهِ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا جَنَى المُكَاتَبُ عَلَى سَيِّدِهِ عَمْداً فَلَهُ القِصَاصُ فِي الجُرْحِ وَلِوَارِثِهِ القِصَاصُ فِي النَّفْسِ أَوِ الأَرْشُ فَإِنْ أَدَّى ذَلِكَ فَهُوَ عَلَى كِتَابَتِهِ وَإِنْ لَمْ يُؤَدِّ فَلَهُمْ تَعْجِيزُهُ وَلاَ دَيْنَ لَهُمْ عَلَى عَبْدِهِمْ وَبَيْعَ فِي جِنَايَةِ الأَجْنَبِيِّ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، ولجناية المكاتب على سيده حالتان:

إحداهما: أن تكون على طرف، فالحق فيها مختص بالسيد، فيراعى حالها، فإن كانت خطأً أوجب المال، وإن كانت عمداً، فللسيد أن يقتص بها من مكاتبه لئلا يعود إلى مثلها عليه أو على غيره، فإن اقتص منه بطرفه كانت الكتابة بعد القصاص بحالها قبله، فإن عفا السيد عن القصاص إلى المال استحق أرش الجناية في كسب مكاتبه، لا في رقبته، لأن مالك الرقبة قبل جنايته بخلاف الأجنبي، ويصير العمد فيها بعد العفو عن القصاص كالخطأ في وجوب الأرش، فيؤخذ المكاتب بدفع الأرش معجلاً، وبمال الكتابة مؤجلاً، فإن اتسع كسبه لهما عتق بأدائها، وإن ضاق عنهما أو عن أحدهما عجزه السيد به ليعيده عبداً، سواء عجز عن مال الكتابة أو عن أرش الجناية، ليحفظ بالتعجيز كل واحد من الحقين، فإذا عاد بالتعجيز عبداً بطل ما عليه من مال الكتابة وأرش الجناية، لأن السيد لا يثبت له في ذمة عبده ولا في رقبته مال، بخلاف الأجنبي الذي يجوز أن يثبت له في ذمته مال عن معاملة، وفي رقبته أرش جنايته.

والحال الثانية: أن تكون الجناية على نفس السيد، فيكون الوارث مستحقها، فإن كانت خطأً أوجبت الدية في كسب المكاتب، وصار الوارث مستحقاً لها ولمال الكتابة، وإن كانت عمداً، فله أن يقتص من نفسه، فإذا اقتص فلا كتابة، وإن عفا إلى الدية كانت كالجناية على الطرف في بقاء الكتابة، وكالخطأ في وجوب الدية، وصار الوارث مستحقاً لها في كسب المكاتب دون رقبته يستحقها مع مال كتابته يعتق بأدائها، ويسترق بالعجز عن أحدهما، والله أعلم بالصواب.

بَابُ جِنَايَةِ المُكَاتَبِ وَرَقِيقِهِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا جَنَى المُكَاتَبُ فَعَلَى سَيِّدِهِ الأَقَلُّ مِنْ قِيمَةِ عَبْدِهِ الجَانِي يَوْمَ جَنَى أَوْ أَرْشُ الجِنَايَةِ فَإِنْ قَوِيَ عَلَى أَدَائِهَا مَعَ الكِتَابَةِ فَهُوَ مُكَاتَبٌ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا جنى عبد المكاتب على أجنبيٍّ جنايةً عمداً فالمجني عليه بالخيار في الاقتصاص منه أو العفو عنه إلى الدية، فإن اقتص منه وكانت نفساً فقد استهلك بها ملك المكاتب، وإن كانت طرفاً نقص بها ملكه، وإن عفا عنها إلى الدية صار عمدها كالخطأ في تعلقها برقبة العبد الجاني، يباع فيها إلا أن يفديه سيده المكاتب عنها، فيكون له ذلك استصلاحاً لماله، فإن كان أرش الجناية أقلّ من قيمته فداه بجميع الأرش، ولا اعتراض للسيد عليه، وإن كان أرش الجناية أكثر من قيمته، فإن مكّن المكاتب من بيعه لم يلزمه أكثر من دفع ثمنه، وإن مُنع من بيعه، ففي قدر ما يستحقه المجني عليه قولان:

أحدهما: يستحق بها قدر قيمة العبد الجاني، لأنه لو لم يبع لم يكن له غيرها، فكذلك إذا فدى، فعلى هذا يكون للمكاتب أن يفديه بها، ولا اعتراض للسيد عليه.

والقول الثاني: يستحق أرش الجناية إذا منع من بيعه، وإن كانت أضعاف قيمته، لأنه لو مُكّن من بيعه لجاز أن يشتريه راغب بأكثر من قيمته، فصار في الامتناع من بيعه قطعاً لهذه الرغبة فلذلك ضمنها المانع، فعلى هذا لا يجوز للمكاتب أن يفديه منها ما لم يأذن له سيده، لأن بذل الزيادة على قيمته استهلاك لماله، فجرى مجرى الهبة، كما لا يجوز أن يشتريه بأكثر من قيمته، فإن أذن له السيد في افتدائه، ففي جوازه قولان كإذنه له بالهبة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَهُ تَعْجِيلُ الكِتَابَةِ قَبْلَ الجِنَايَةِ وَقَبْلَ الدَّيْنِ الحَالِّ مَا لَمْ يَقِفِ الحَاكِمُ لَهُمْ مَالَهُ كَالحُرِّ فِيمَا عَلَيْهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا اجتمعت على المكاتب حقوق طُولب بها من كتابة تتعلق بذمته، وأرش جنايته يتعلق برقبته، وديون معاملة تتعلق بذمته، وبما في

يده، وبيده مال هو على تصرفه فيه، فله فيما حل منه أن يبدأ بقضاء أي الحقوق شاء، فإن أرش الجناية لا يثبت إلا حالاً، ومال الكتابة لا يثبت إلا مؤجلاً، والدين قد يثبت حالاً ومؤجلاً، فإن حلّت الكتابة كان الدين حالاً، واجتمعا مع أرش الجناية، فصار الجميع من الأموال الحالّة عليه، فله في أرش الجناية أن يفدي نفسه بها، وإن كانت أضعاف قيمته ما كان باقياً على كتابته لما فيها من استصلاح نفسه، وحفظ كتابته، وإن لم يكن له افتداء عبده إلا بقدر قيمته، لأن بيع عبده في الجناية لا يؤثر في كتابته، فلذلك ما افترقا، وإذا كان كذلك، واجتمعت عليه هذه الحقوق الثلاثة: مال الكتابة وديون المعاملة وأروش الجناية، وبيده مال وجميع الحقوق حالَّة فله أن يقدم قضاء ما شاء منها إذا كان ما بيده متسعاً لجميعها، وليس يتصور مع اتساع المال أن يعجز عن بعضها، فإن ضاق المال عن جميعها فله ما لم يحجر الحاكم عليه بالفلس أن يبدأ بقضاء أي الثلاثة شاء، فإن قدم الدين فلا اعتراض فيه لسيده، ولا لمستحق جنايته، وإن قدم أرش الجناية فلا اعتراض فيه لسيده ولا لمستحق الدَّين، وإن قدم مال الكتابة فلا اعتراض فيه لصاحب الجناية، ولا لصاحب الدين، سواء عتق بالأداء أو لم يعتق، لجواز تصرفه وصحة أدائه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «إِلَّا أَنَّهُ لَيْسَ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يُعَجِّلَ الدَّيْنَ قَبْلَ مَحَلِّهِ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن تعجيل الدين المؤجل كالهبة، لأن الثمن في بيع النقد أقل وفي بيع النساء أكثر. وإذا كان كذلك فليس يتصور دخول الأجل في أرش الجناية، وإنما يتصور في دين المعاملة ومال الكتابة، فإن عجّل المكاتب دين المعاملة لم يجز إن لم يأذن به السيد، وفي جوازه بإذنه قولان، وإن عجل مال الكتابة كان على قولين كالهبة لسيده.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ وَقَفَ الحَاكِمُ مَالَهُ أَدَّى إِلَى سَيِّدِهِ وَإِلَى النَّاسِ دُيُونَهُمْ شَرْعَاً فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ مَا يُؤَدِّي هَذَا كُلَّهُ عَجَّزَهُ فِي مَالِ الأَجْنَبِيِّ إِلَّا أَنْ يُنْظِرُوهُ وَمَتَى شَاءَ مَنْ أَنْظَرَهُ عَجَّزَهُ ثُمَّ خَيَّرَ الحَاكِمُ سَيِّدَهُ بَيْنَ أَنْ يَفْدِيَهُ بِالأَقَلِّ مِنْ أَرْشِ الجِنَايَةِ أَوْ يُبَاعَ فِيهَا فَيُعْطَى أَهْلُ الجِنَايَةِ حُقُوقَهُمْ دُونَ مَنْ دَايَنَهُ بِبَيْعٍ أَوْ غَيْرِهِ لأَنَّ ذَلِكَ فِي ذِمَّتِهِ وَمَتَى عُتِقَ اتُّبِعَ بِهِ».

قال الماوردي: اعلم أن الحاكم ليس له أن يحجر على المكاتب ما لم يسأله أصحاب الحقوق الحجر عليه، فإن سألوه الحجر عليه لم تخل الحقوق أن تكون حالَّة، أو مؤجلة، فإن كانت الحقوق مؤجلة لم يجز أن يحجر عليه بها لأنها غير مستحقة في الوقت، وإن كانت حالَّة لم يخل ما بيده من المال من أن يكون متسعاً لقضاء جميعها، أو يضيق عنها، فإن اتسع لجميعها لم يجز أن يحجر عليه، وأخذه بقضائها، وإن ضاق

ما بيده عنها نظر في طالب الحجر، فإن طلبه السيد لم يكن للحاكم أن يحجر عليه في حق السيد، لأن ما يستحقه من مال الكتابة غير مستقر في الذمة، وإن طلب أرباب الدين الحجر عليه جاز أن يحجر الحاكم عليه حجر المفلس حفظاً لحقوقهم، وإن طلب مستحق الجناية الحجر عليه نظر في أرش الجناية، فإن كانت أكثر من قيمته أجيب إلى الحجر عليه، لأنه لا يصل إلى الزيادة عليها إلا فيما في يده. وإن كان الأرش بقدر قيمته احتمل وجهين:

أحدهما: يجاب إلى الحجر عليه، لأن الكتابة قد علقت أرش الجناية بما في يده فصارت كالديون.

والوجه الثاني: لا يجاب إلى الحجر عليه لثبوت الأرش في رقبته، وأنه يرجع عند إعساره إلى أخذ الأرش منها.

فصل: فإذا حجر الحاكم عليه، فقد قال الشافعي: «أدى إلى سيده وإلى الناس ديونهم شرعاً» فظاهر هذا أنهم يكونون فيه أسوة، فاختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: وهو الظاهر من قول أبي إسحاق المروزي أن الجماعة أسوة في ماله بقدر حقوقهم، فيشترك فيه أرباب الديون، وأصحاب الجنايات والسيد، لأن كلا منهم مطالب بحق.

والوجه الثاني: أنهم إنما يكونون أسوة مع اتساع المال وفي كلام الشافعي دليل عليه. فأما مع ضيق المال فيقدم أرباب الديون، لأنهم بما في يده أخص، فإن فضل عن ديونهم فَضْلٌ كان مستحق الجناية أحق بها من السيد لاستقرار حقه، فإن فضل عن أرش الجناية فضل صارت حينئذ إلى السيد.

فصل: فإذا فرق ماله فيهم على ما وصفنا وبقيت لهم حقوق وجميعها حالَّة فليس يلزمهم إنظاره بها إلا باختيارهم فإن أنفقوا على إنظاره بها إلى أجل مسمى، فقد اختلف الفقهاء هل يلزمهم هذا الإنظار إلى الأجل الذي سموه؟ فمذهب الشافعي أنه لا يلزم، ولهم أن يرجعوا في المطالبة متى شاؤوا كالهبة إذا لم تقبض.

وقال مالك: يلزمهم الإنظار، وليس لهم المطالبة قبل الأجل بناءً على أصله في لزوم الهبة قبل القبض.

وقال أبو حنيفة: ما صح دخول الأجل فيه كالأثمان ومال الكتابة لزم الإنظار به إلى الأجل، وما لم يصح دخول الأجل فيه كالقرض وأرش الجناية لم يلزم الإنظار به، وقد مضى الكلام معهما.

فصل: فإن لم ينظروه وطالبوه بحقوقهم، فلكل واحد من السيد ومستحق الجناية أن يعجزه وليس لأرباب الديون تعجيزه.

وقال أبو حنيفة: لأرباب الديون تعجيزه أيضاً، وبنى ذلك على أصله في تعلق الدين برقبته.

وديون المعاملة عند الشافعي لا تتعلق بالرقبة، وتثبت في ذمته، وفيما بيده، فلذلك لم يكن لأربابها تعجيزه بها، واختص السيد وصاحب الجناية بتعجيزه، ولهما أربعة أحوال:

أحدها: أن يتفقا على إنظاره، فيكون لهما ذلك، ولا اعتراض لأرباب الديون فيه، ويكتسب بعد الإنظار، وفيما استفاده من كسب وجهان:

أحدهما: أن يختص بأرباب الديون.

والثاني: أنه يكون أسوة بين جميع الحقوق.

والحالة الثانية: أن يتفقا على تعجيزه وإعادته عبداً، فلهما ذلك، فإذا صار بالتعجيز عبداً كانت الديون في ذمته يؤديها بعد عتقه ويساره.

وقال أبو حنيفة: تكون في رقبته يباع فيها إلا أن يفديه السيد منها، وليس بصحيح لما ذكرناه، ثم يقال للسيد بعد التعجيز أنت بالخيار بين أن تفديه من أرش جناياته استبقاءً لملكه أو يباع فيهما، فإن لم يُفْده بيع في جناياته، فإن كثرت وكان مستحقوها أسوة في ثمنه بقدر أروشهم، وسواء فيها من تقدمت جنايته أو تأخرت، فإن فضل لهما فضل فهل يتعلق بذمة العبد يؤديه بعد عتقه أم لا؟ على وجهين من اختلاف أصحابنا في جناية العبد، هل وجبت ابتداء في رقبته أو وجبت في ذمته وانتقلت إلى رقبته.

فإن قيل: وجبت ابتداء في رقبته كان الباقي منها هدراً.

وإن قيل: وجبت في ذمته ثم انتقلت إلى رقبته كان الباقي منها ثابتاً في ذمته يؤديه بعد عتقه، وإن أراد السيد أن يفديه من جنايته، ففيما يفديه قولان:

أحدهما: يفديه بقدر قيمته لا غير، يشترك فيها أرباب الجنايات.

والقول الثاني: يفديه بأروش جناياته كلها، وإن زادت على القيمة أضعافاً.

والحال الثالثة: أن يدعو السيد إلى إنظاره، ويدعو صاحب الجناية إلى تعجيزه فيقال للسيد إن ضمنت أرش الجناية، فلك إنظاره، وفي قدر ما يضمنه منهما ما ذكرناه من القولين، وإن لم يضمن أرش الجناية، فلصاحبها تعجيزه وبيعه في جناياته ليصل إلى حقه من ثمنه.

والحال الرابعة: أن يدعو صاحب الجناية إلى إنظاره، ويدعو السيد إلى تعجيزه، فتعجيز السيد أحق من إنظار صاحب الجناية، فإذا عجزه السيد وفي يده مال كان أرباب الديون أحق بذلك المال وجهاً واحداً، لأنه قد صار عبداً، وما بيد العبد من مال فصرفه في ديون معاملاته أحق من سيده، ومن جناياته، فإن بقيت من ديونهم بقايا كانت في ذمته بعد عتقه وبيع في الجناية إلا أن يفديه السيد منها، وإن فضل بعد الديون فضل كان صرفه في مستحق الجناية أحق من السيد، وبيع في باقي جنايته إلا أن يفديه السيد منها.

فصل: ولو مات المكاتب قبل تعجيزه مات عبداً، وصارت جنايته هدراً تسقط بموته كالعبد الجاني إذا مات وكان ما بيده مصروفاً في ديونه، فإن فضل بعد الديون فضل كان لسيده، وإن بقي من الديون بقية كانت في ذمة ميت لا يؤخذ بها حي، والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَسَوَاءٌ كَانَتِ الجِنَايَاتُ مُتَفَرِّقَةً أَوْ مَعاً وَبَعْضُهَا قَبْلَ التَّعْجِيزِ وَبَعْدَهُ يَتَحَاصُّونَ فِي ثَمَنِهِ مَعاً وَإِنْ أَبْرَأَهُ بَعْضُهُمْ كَانَ ثَمَنُهُ لِلْبَاقِينَ مِنْهُمْ».

قال الماوردي: وقد ذكرنا أن المكاتب لا يجوز أن يعجز إلا بمال الكتابة وأرش الجناية، فإذا عجز بهما أو بأحدهما لم يَجُزْ أن يباع في مال الكتابة، لأمرين:

أحدهما: أنه غير مستقر.

والثاني: أنه ملك للسيد، فلم يَجُزْ أن يباع عليه في حقه، فأما بيعه في أروش جناياته فمستحق إلا أن يفديه السيد منها، فإن فداه منع من بيعه، وفيما يفديه به قولان:

أحدهما: بأقل من قيمته أو أروش جناياته.

والقول الثاني: يفديه بأروش جناياته كلها، وإن كانت أضعاف قيمته، وإن لم يفده بيع جبراً عليه، وكان ثمنه مصروفاً في أروش الجنايات سواء كانت مجتمعة أو متفرقة يشترك فيه من تقدمت جنايته وتأخرت، فلو جنى قبل الكتابة ثم جنى في حال الكتابة ثم جنى بعد التعجيز اشترك أرباب الجنايات الثلاث في ثمنه، لتعلق جميعها برقبته يتحاصون فيه بقدر أروشهم، فلو عفا أحدهم عن حقه وأبرأه من أرشه رجع حقه على الباقين، ولم يرد على السيد لأنه لو انفرد أحدهم لاستوعب بالجناية جميع ثمنه، وجرى مجرى أهل الوصايا إذا ضاق الثلث عنهم وعفا أحدهم توفر سهمه على الباقين منهم، وكغرماء المفلس إذا أبرأه أحدهم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَطَعَ يَدَ سَيِّدِهِ فَبَرَأَ وَعُتِقَ بِالأَدَاءِ اتَّبَعَهُ بِأَرْشِ يَدِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا قطع المكاتب يد سيده، فإن كان عمداً فللسيد القصاص قبل الاندمال وبعده، وتكون الكتابة بعد الاقتصاص كحالها قبله، وإن كان خطأ أو عمداً عفا عن القصاص فيه، فهل له الدية قبل الاندمال أم لا؟ على قولين:

أحدهما: يستحقها قبل الاندمال كالقصاص.

والقول الثاني: لا يستحقها قبل الاندمال بخلاف القصاص، لأن وجوب القصاص مستقر، ووجوب الدية مترقب قبل الاندمال لجواز الزيادة بالسراية أو النقصان بالمشاركة، فلم يحكم بها إلا بعد الاندمال، فعلى هذا إذا قلنا بالأول أن الدية تستحق قبل الاندمال، فقد اجتمع للسيد على مكاتبه حقان مال الكتابة، وأرش الجناية، وفي قدره قولان:

أحدهما: أقل الأمرين من قيمة المكاتب أو دية اليد.

والقول الثاني: دية اليد، وإن كانت أضعاف قيمته، فإذا اجتمع على المكاتب هذان الحقان من مال الكتابة، وأرش الجناية، أخذه السيد بهما، فإن أتاه المكاتب بأحدهما نظر، فإن جعله المكاتب من أرش الجناية لم يكن للسيد أن يجعله من مال الكتابة، وكان مال الكتابة باقياً إن عجز عنه المكاتب، فللسيد تعجيزه به وإعادته إلى الرق، وإن جعل المكاتب ما أداه مصروفاً إلى مال الكتابة دون أرش الجناية فللسيد الخيار في قبوله من مال الكتابة أو العدول به إلى أرش الجناية، لئلا يعتق بالكتابة، ويتوى بإعساره وحريته أرش الجناية، فإن اختار أخذه من أرش الجناية كان ذلك بموافقة المكاتب عليه، وبقي له مال الكتابة، وإن رضى أن يأخذه من مال الكتابة عتق به، وصار أرش الجناية ديناً عليه بعد حريته، وليس له تعجيزه به، وكان قدر الأرش معتبراً بما ذكرنا من القولين.

فصل: وإن قلنا: إن أرش الجناية لا يستحق قبل الاندمال لم يكن للسيد مطالبة المكاتب إلا بمال الكتابة وحده إلا أن تندمل يده، وأي مال أداه المكاتب كان محسوباً من مال كتابته، فإن تراضيا على أن يكون محسوباً من أرش الجناية كان في جوازه قولان من تعجيل الدين المؤجل، أصحهما هاهنا المنع منه: لأنه مع تأجيله مجهول القدر، فإذا اندملت يد السيد لم يخل حال اندمالها من أحد أمرين:

إما أن يكون قبل عتق المكاتب بالأداء أو بعده، فإن كان قبل عتقه بالأداء فقدر

الأرش معتبر بجناية المكاتب، فيكون على قولين:

أحدهما: أنها مقدرة بأقل الأمرين من قيمة المكاتب أو دية اليد.

والقول الثاني: أنها مقدرة بدية اليد وإن كانت أضعاف قيمته.

وإن كان الاندمال بعد عتقه، فقد اختلف أصحابنا هل يعتبر بها جناية الحر أو جناية المكاتب؟ على وجهين:

أحدهما: يعتبر بها جناية الحر اعتباراً بحال استقرارها بعد حرية المكاتب، فلهذا تلزمه دية اليد ما بلغت كما لو ابتدأ قطعها بعد حريته.

والوجه الثاني: يعتبر بها حال جناية المكاتب اعتباراً بوقت الجناية، لأنه جناها وهو مكاتب، فعلى هذا يكون على ما ذكرنا من القولين:

أحدهما: أنها مقدرة بأقل الأمرين.

والثاني: بدية اليد بالغة ما بلغت.

فصل: فأما إذا أعتق السيد مكاتبه بعد جنايته على يده نظر، فإن كان القود مستحقاً لم يسقط بعتقه، وكان للسيد أن يقتص منه بعد عتقه، وإن كانت خطأ توجب المال لم يخل حال المكاتب وقت عتقه من أن يكون بيده مال أو لا يكون، فإن لم يكن بيده مال برىء المكاتب من أرش الجناية بالعتق بخلاف عتقه بالأداء، لأن عتقه بالأداء إذا كان عن اختياره، فلم يتضمن الإبراء من الجناية، وعتق السيد كان عن اختيار السيد، فصار متضمناً للإبراء من الجناية، وإن كان بيده مال حين أعتقه السيد، فقد اختلف أصحابنا هل يتعلق أرش الجناية بما في يده من المال؟ على وجهين:

أحدهما: لا يتعلق بما في يده، لثبوتها في رقبته، فعلى هذا يبرأ من الجناية بالعتق.

والوجه الثاني: يتعلق بما في يده لأنه قد كان له استيفاء الجناية منه، فعلى هذا لا يبرأ من أرش الجناية بالعتق، ويستوفى مما في يده من المال، فإن عجز المال عنه نظر، فإن علم السيد بعجز المال برىء المكاتب من الباقي، وإن لم يعلم السيد بعجز المال لم يبرأ المكاتب من الباقي، وكان مأخوذاً به بعد الحرية، والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَأَيُّ الْمُكَاتَبِيْنَ جَنَى وَكِتَابَتُهُمْ وَاحِدَةٌ لَزِمَتْهُ دُونَ أَصْحَابِهِ».

قال الماوردي: قد مضت هذه المسألة، وذكرنا أن السيد إذا كاتب جماعة من عبيده في عقد واحد أن في كتابتهم قولين:

أحدهما: باطلة.

والثاني: جائزة.

وذكرنا أنه إذا جنى أحدهم كان هو المأخوذ بجنايته دون أصحابه، وهو قول أبي حنيفة. وقال مالك تكون الجناية في كتابتهم، ويؤخذون جميعاً بأرشها، وهذا فاسد بما قدمناه، لأن عقد الحرين على التزام العقل، وتحمل الجناية لا يوجب تحملها، فكان عقد الكتابة الخالي من هذا الشرط أولى أن لا يوجب التحمل.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ هَذَا الجَانِي وَلَدَ المُكَاتَبِ وُهِبَ لَهُ أَوْ مِنْ أَمَتِهِ أَوْ وَلَدَ مُكَاتَبِهِ لَمْ يُفْدَ بِشَيْءٍ وَإِنْ قَلَّ إِلاَّ بِإِذْنِ السَّيِّدِ لأَنِّي لاَ أَجْعَلُ لَهُ بَيْعَهُمْ وَيُسَلَّمُونَ فَيُبَاعَ مِنْهُمْ بِقَدْرِ الجِنَايَةِ وَمَا بَقِيَ بِحَالِهِ يُعْتَقُ بِعِتْقِ المُكَاتَبِ أَوِ المُكَاتَبَةِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا كان للمكاتب ولد من أمته أو وهب له فقبله على ما ذكرناه من القولين فجنى، لم يكن للمكاتب أن يفديه من جنايته، وإن جاز له أن يفدي عبده من جنايته، لأنه لا يجوز له بيع ولده، فكان ما يفتديه به إتلافاً لماله، وخالف العبد الذي هو مال يحوزه فكان ما يفتديه به استصلاحاً لماله، فإن افتدى المكاتب ولده بإذن سيده كان على قولين كالهبة بإذنه، فأما ولد المكاتبة ففيه قولان:

أحدهما: أنه ملك للسيد، وهو المخاطب بافتدائه إن شاء، وبيعه في جنايته.

والقول الثاني: أنه تبع لأمه يعتق بعتقها، ويرق برقها، وليس لها أن تفديه من جنايته، فإن كانت الجناية بقدر قيمته بيع جميعه فيها، وإن كانت أقلّ بيع منه بقدرها وكان باقيه على حكمه فإن لم يمكن بَيْعُ بَعْضِهِ بِيعَ جَمِيعُه للضرورة، وكان الباقي من ثمنه إن كان ولد مكاتب لأبيه يستعين به في كتابته لأنه ملكه، وإن كان ولد مكاتبة فعلى قولين مضيا:

أحدهما: يكون لها تستعين به في كتابتها.

والقول الثاني: يكون لسيدها لما قدمناه من الفرق بين ولد المكاتبة والمكاتب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ جَنَى بَعْضُ عَبِيْدِهِ عَلَى بَعْضٍ عَمْداً فَلَهُ القِصَاصُ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ وَالِداً فَلاَ يَقْتُلُ وَالِدَهُ بِعَبْدِهِ وَهُوَ لاَ يُقْتَلُ بِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا كان للمكاتب عبيد، فقتل بعضهم بعضاً نظر القتل، فإن كان القتل خطأ كانت الجناية هدراً، لأنها توجب المال، والسيد لا يثبت له في رقبة عبده مال، وإن كان القتل عمداً فللمكاتب أن يقتص، ولا اعتراض عليه للسيد، لما في القصاص من استصلاح الملك في حسم القتل، فإن كان القاتل أبا

للمكاتب لم يكن للمكاتب آن يقتص من أبيه لعبده، لأنه لما لم يكن له أن يقتص منه بنفسه فأولى أن لا يقتص منه بعبده، وكذلك لو كان القاتل أب العبد المقتول لم يكن للمكاتب أن يقتص من والد بولد.

فأما إن كان القاتل ابن المكاتب فللمكاتب أن يقتص من ابنه بعبده، لأنه يجوز أن يقتص منه بنفسه، وكذلك لو كان القاتل ابن العبد المقتول فللمكاتب أن يقتص منه، لأنه يجوز أن يقتص من ولد بوالد.

فأما إن عفا المكاتب عن القصاص صارت الدية هدراً كالخطأ، فلو عجز المكاتب، وعاد عبداً قبل العفو والقصاص، فللسيد من القصاص ما كان للمكاتب يقتص ممن كان للمكاتب أن يقتص منه، ولا يجوز له أن يقتص ممن لم يكن للمكاتب أن يقتص منه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَعْتَقَهُ السَّيِّدُ بِغَيْرِ أَدَاءٍ ضَمِنَ الأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ أَوِ الجِنَايَةِ وَلَوْ كَانَ أَدَّى فَعُتِقَ فَعَلَيْهِ الأَقَلُّ مِنْ قِيمَةِ نَفْسِهِ أَوِ الجِنَايَةِ لأَنَّهُ لَمْ يَعْجَزْ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا جنى المكاتب جناية توجب المال تعلقت برقبته، ووجب عليه أن يؤديها من كسبه، لأن بقاء الكتابة يمنع من جواز بيعه، وله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يؤدي مال الكتابة ويعتق به، فينتقل ضمان الجناية من رقبته إلى ذمته، لأنه قد صار هو المستهلك لرقه بالأداء، فلزمه ضمان ما استهلك ويكون ضامناً لأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته قولاً واحداً، لأنها طرأت وهو مكاتَبٌ لا يجوز بيعه.

والحال الثانية: أن يعجل السيد عتقه قبل الأداء، فيكون السيد هو الضامن لأرش جنايته بأقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية، لأنه أعتقه بغير الكتابة المتقدمة على الجناية، فصار مستحدثاً لاستهلاك رقبيه فلذلك ضمن جنايته، ووجب فيها أقلّ الأمرين قولاً واحداً، كما لو ضمنها المكاتب.

والحال الثالثة: أن يعجز ويرق فقد اختلف أصحابنا هل تعتبر جنايته بابتدائها في مال كتابته أو بانتهائها بعد رقه؟ على وجهين:

أحدهما: بابتدائها في الكتابة، فعلى هذا يفديه السيد بأقلّ الأمرين من قيمته أو أرش جنايته

والوجه الثاني: يعتبر بانتهائها في حال رقه، فعلى هذا يكون فيما يفديه به السيد قولان:

أحدهما: بأقل الأمرين من القيمة أو أرش الجناية.

والثاني: بجميع أرش الجناية، وإن كانت أضعاف قيمته، إلا أن يمكّن من بيعه، فلا يلزم في الجناية أكثر من ثمنه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ جَنَى جِنَايَةً أُخْرَى ثُمَّ أَدَّى فَعُتِقَ فَفِيهَا قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ عَلَيْهِ الأَقَلَّ مِنْ قِيمَةٍ وَاحِدَةٍ أَوِ الجِنَايَةِ يَشْتَرِكَانِ فِيهَا، وَالآخَرُ أَنَّ عَلَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ أَوِ الجِنَايَةِ وَهَكَذَا لَوْ كَانَتْ جِنَايَاتٌ كَثِيرَةٌ (قال المزني) قَدْ قَطَعَ فِي هَذَا البَابِ بِأَنَّ الجِنَايَاتِ مُتَفَرِّقَةٌ أَوْ مَعاً فَسَوَاءٌ وَهُوَ عِنْدِي بِالحَقِّ أَوْلَى».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا تكررت جنايات المكاتب لم يخل حال تكررها من أن يكون قبل الغرم أو بعده، فإن تكررت بعد الغرم كأنه جنى جناية، فغرمها بأقلّ الأمرين من قيمته أو أرشها ثم جنى جناية أخرى، فإنه يضمنها مستأنفاً بأقلّ الأمرين أيضاً، فيصير في كل واحدة من الجنايتين ضامناً لأقلّ الأمرين في حال الكتابة إن عتق بالأداء، ويكون السيد ضامناً لذلك إن أعتقه بغير أداء، وإن تكررت الجناية قبل الغرم كأنه جنى جناية ولم يغرم أرشها حتى جنى جناية أخرى، ففي قدر ما يضمنه إن أدى فعتق أو يضمنه سيده إن كان هو المعتق قولان:

أحدهما: أنه يلزم في كل واحدة من الجنايات أقلّ الأمرين من قيمة كاملة أو أرش الجناية، لأن لكل جناية حكمها، فلا تتداخل بعضها في بعض، ويصير ذلك مفضياً إلى التزام قيمة كثيرة إذا كثرت جناياته.

والقول الثاني: أنه لا يغرم في جميع الجنايات، وإن كثرت إلا أقلّ الأمرين من قيمة واحدة أو أروش الجنايات كلها، ويتداخل بعضها في بعض، لأنه لو بيع فيها بعد عجزه ورقه لم يكن لأرباب الجنايات وإن كثرت أكثر من ثمنه لتداخل بعضها في بعض، كذلك في عتقه بكتابته أو بعتق سيده لكنه إن عتق بالأداء كان الضمان عليه وإن أعتقه السيد كان الضمان على سيده، وإن عجز ورق كان على ما ذكرناه من اختلاف أصحابنا، هل يعتبر بها الابتداء أو الانتهاء؟ على وجهين:

فصل: قال المزني: قد قطع في هذا الكتاب بأن الجنايات متفرقة أو معاً سواء، وهو عندي أولى بالحق، وهذا اختيار منه لأصح القولين في تداخل الجنايات والتزام

أقل الأمرين في جميعها من قيمة واحدة أو أروشها، لكنه استدل بما لا دليل فيه، لأنه إنما جعلها متفرقة ومجتمعة سواء إذا بيع فيها وقسم ثمنه في جميعها من قيمة واحدة أو أرشها.

فأما وهو غير مبيع فيها فلا.

والفرق بينهما: أنه إذا بيع فيها لم يبق للجنايات محل غير ثمنه لأجل التمكين منه ومع المنع بالعتق تتسع الذمة لأكثر من القيمة وكل واحد من أرباب الجنايات ممنوع من حق نفسه، فانفرد بحكمه، فلذلك ما افترقا والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ جَنَى عَلَى المُكَاتَبِ عَبْدُهُ جِنَايَةً لَا قِصَاصَ فِيْهَا كَانَتْ هَدَرَاً».

قال الماوردي: اعلم أنه لا يخلو عبد المكاتب إذا جنى عليه جناية خطأ توجب المال من أحد أمرين:

إما أن يكون ممن يجوز له بيعه، أو ممن لا يجوز له بيعه.

فإن كان ممن يجوز للمكاتب بيعه، لأنه ليس بوالد ولا ولد كانت الجناية هدراً، لأن السيد لا يثبت له في رقبة عبده مال، لأنه مالك لها.

وإن كان ممن لا يجوز للمكاتب بيعه في غير الجناية كوالد أو ولد، ففي جواز بيعه له في الجناية وجهان لأصحابنا:

أحدهما: يجوز له بيعه في الجناية، لأنه لما لم يجز له بيعه في غير الجناية جاز بيعه في الجناية كالأجنبي.

والوجه الثاني: وهو أصح أنه لا يجوز له بيعه في الجناية، لأن الشرع مانع من بيع الآباء والأبناء، وليس المنع من البيع في غير الجناية موجباً لجواز البيع في الجناية كأم الولد إذا جنت على سيدها.

فصل: فأما جناية العمد الموجبة للقود إذا كانت بين المكاتب وبين من يملكه من والد أو ولد، فلا يخلو من أحد أمرين:

إما أن يكون من المكاتب أو على المكاتب.

فإن كانت على المكاتب نظر، فإن كانت من ولده اقتص منه المكاتب إن كانت في طرف، واقتص منه السيد إن كانت في نفس، لأن الولد يقتل بالوالد، وإن كانت الجناية من والده لم يكن للمكاتب أن يقتص منه في طرف، ولا لسيده أن يقتص منه في نفس، لأن الوالد لا يقتل بالولد، وإن كانت الجناية من المكاتب نظر، فإن كانت

على ولده لم يقتص من المكاتب، لأنه لا يقتل والد بولد، وإن كانت على والده فهل لوالده الاقتصاص منه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا قصاص له، لأنه عبده، والمولى لا يقتص منه لعبده.

والوجه الثاني: قد أوما إليه الشافعي في بعض كتبه أن له أن يقتص منه، لأنه لما لم يكن للمكاتب بيع أبيه جرى منه في الجناية مجرى الأحرار دون العبيد، فلذلك جرى القصاص بينهما.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلِلْمُكَاتَبِ أَنْ يُؤَدِّبَ رَقِيقَهُ وَلاَ يَحُدُّهُمْ لأَنَّ الحَدَّ لاَ يَكُونُ لِغَيْرِ حُرٍّ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن تأديبهم استصلاح ملك، وحدهم ولاية، وليس من أهلها فلذلك جاز له تأديبهم، ولم يجز له حَدُّهم، وليس لسيده أن يحدهم، ولا يؤدبهم، لأنه لا يملكهم، وليس للسيد أيضاً حد المكاتب ولا تأديبه لارتفاع يده عنه بالكتابة، والله أعلم.

بَابُ مَا جَنَى عَلَى المُكَاتَبِ لَهُ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَأَرْشُ مَا جَنَى عَلَى المُكَاتَبِ لَهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، وقال مالك ما جنى على المكاتب لسيده، لأنه قيمة ملك مستهلك، والسيد هو المالك دونه، قال: ولأن مال الكتابة يؤدى من الأكساب المستفادة، وليس أرش الجناية من كسبه، وهذا فاسد، بل أرش الجناية يكون للمكاتب دون سيده لخروج المكاتب عن حكم ملكه، ولأن مال الكتابة معاوضة عن رقه، ولأن مهر الكتابة لما كان لها دون السيد فأرش الجناية أولى أن لا يكون للسيد، وبهذا يفسد ما ذكره.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، فالجناية على ضربين: طرف، ونفس.

فأما الجناية على الطرف فهي التي يختص المكاتب بها، فإذا كانت على إحدى يديه ففيها نصف قيمته، فإن اندملت حكم له بنصف القيمة يستعين له في مال الكتابة، وإن طلب ذلك قبل الاندمال، فعلى قولين مضيا.

وأما الجناية على النفس فهي للسيد، لأن المكاتب مات بها عبداً.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَتَلَهُ السَّيِّدُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ لأَنَّهُ مَاتَ عَبْدَاً وَلَوْ قَطَعَ يَدَهُ فَإِنْ كَانَ يُعْتَقُ بِأَرْشِ يَدِهِ وَطَلَبَهُ العَبْدُ جُعِلَ قِصَاصاً وَعُتِقَ وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ ذَلِكَ ضَمِنَ مَا يَضْمَنُ لَوْ جَنَى عَلَى عَبْدِ غَيْرِهِ فَعُتِقَ قَبْلَ أَنْ يَمُوتَ وَإِنْ كَانَتِ الكِتَابَةُ غَيْرَ حَالَّةٍ كَانَ لَهُ تَعْجِيلُ الأَرْشِ فَإِنْ لَمْ يَقْبِضْهُ حَتَّى مَاتَ سَقَطَ عَنْهُ لأَنَّهُ صَارَ مَالاً لَهُ».

قال الماوردي: وإذ قد مضى الكلام في جناية الأجنبي على المكاتب، وذكرنا الفرق بين أن يكون على نفس أو طرف، وانتقل الكلام إلى جناية السيد على مكاتبه، وهي على ضربين:

أحدهما: أن تكون على نفس، فتكون هدراً لا قود فيها ولا دية لأنه عبده، والسيد لا يقتل بعبده، لكن عليه كفارة القتل، فإن خلف المكاتب مالاً كان بيده،

فذلك المال لسيده وإن كان قاتله، لأنه ليس يأخذه ميراثاً، فيمنعه القتل من أخذه، وإنما يأخذه ملكاً، فلم يمتنع بالقتل من أخذه.

والضرب الثاني: أن تكون الجناية على طرفه كقطع إحدى اليدين، فلا قود على السيد فيها، لأن السيد لا يقاد بعبده، وهل يلزمه دية اليد قبل اندمالها أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا تلزمه ديتها إلا بعد الاندمال، لأن أرش الجناية قبل اندمالها غير مستقر، فعلى هذا يكون للسيد مطالبة المكاتب بمال الكتابة، ولا يلزمه إنظاره لأجل الجناية وللمكاتب حالتان:

إحداهما: أن يؤدي فيعتق.

والثانية: أن يعجز فيرق، فإن أدى فعتق، فللجناية حالتان:

إحداهما: أن تندمل، فيحكم له على نفسه بنصف قيمته عبداً، لأنها لم تسر، فروعي فيها حكم الابتداء.

والحال الثانية: أن تسري إلى نفسه، فيحكم على السيد بجميع ديته، لأنها سرت إلى نفسه، وهو حر، فروعي فيها حكم الانتهاء، ولا يرثه السيد بالولاء، لأنه قاتل، ويكون ميراثه إن لم يخلف ولداً في بيت المال، وإن عجز المكاتب ورق قبل الاندمال سقط أرش الجناية عن السيد، سواء اندملت أو سرت إلى النفس، لأن جنايته على عبده هدر، لكنه يلتزم الكفارة إن سرت إلى نفسه، فهذا حكم أحد القولين.

فصل: والقول الثاني: يعجل له أرش الجناية قبل الاندمال، لأنه حق قد وجب، فلا يوقف على ظن يرتقب، فعلى هذا يحكم له على السيد بأقلّ الأمرين من نصف قيمته عبداً، أو جميع ديته حراً، لجواز أن تسري إلى نفسه بعد العتق، وأقلّ الأمرين يقين، فأوجبناه، ووقفنا ما زاد عليه بالاحتمال على ما يتجدد من بيان، وإذا كان كذلك لم يخل حال الكتابة من أن يكون قد حلّ أو باقياً إلى أجله، فإن حل لم يخل أرش الجناية من أن يكون من جنس مال الكتابة أو من غير جنسه، فإن كان من جنسه تقاصاه على ما مضى من الأقاويل الأربعة.

ثم روعي حاله بعد القصاص، فإن استويا في القدر عتق المكاتب، وبرىء السيد، وإن كان أرش الجناية أكثر عتق المكاتب، ورجع على سيده بباقي الجناية، وإن كان مال الكتابة أكثر برىء السيد من الجناية، ورجع على مكاتبه بباقي الكتابة وإن كانا من جنسين لم يكن قصاصاً، وتقابضاه، وطالب كل واحد منهما بماله على صاحبه إلا أن يتباراَ عن تراض من غير شرط فيصح، وإن كان مال الكتابة مؤجلاً كان للمكاتب أن يتعجل من سيده أرش الجناية ولا يلزمه أن يجعله قصاصاً من كتابة مؤجله

فإن أراد المكاتب أن يجعله قصاصاً من كتابة مؤجلة كان له ذلك، ولم يكن للسيد أن يمتنع من أن يكون قصاصاً كما ليس له أن يمتنع من تعجيل مؤجل، وإذا صار قصاصاً كان على ما ذكرنا من أنهما إن تساويا عتق المكاتب وبرىء السيد وإن كان أرش الجناية أكثر عتق المكاتب ورجع على سيده بالباقي وإن كان مال الكتابة أكثر برىء السيد ورجع على مكاتبه بالباقي.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا وتقاصا ما حكمنا به من أقلّ الأمرين فللجناية حالتان:

إحداهما: أن تندمل في الكف، فالمستقر فيها على السيد نصف قيمته عبداً، فإن كان ما حكمنا به من أقلّ الأمرين فقد استوفاه، وإن كانت ديته حراً هي أقلّ الأمرين رجع على سيده بما زاد عليها من نصف قيمته.

والحال الثانية: أن تسري الجناية إلى نفسه، فالمستقر على السيد جميع ديته حراً، فعلى هذا إن كانت أقلّ الأمرين فقد أدّاه، وإن كان نصف قيمته أقلّ الأمرين رجع وارث المكاتب على السيد بتمام الدية الزائدة على نصف القيمة، فإن لم يكن للمكاتب وارث إلا بالولاء لم يرثه السيد، لأنه قاتل، وكان لأقرب عصبته إليه، فإن لم تكن له عصبة فلبيت المال.

بَابُ الجِنَايَةِ عَلَى المُكَاتَبِ وَرَقِيقِهِ عَمْداً

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا جَنَى عَبْدٌ عَلَى المُكَاتَبِ عَمْدَاً فَأَرَادَ القِصَاصَ وَالسَّيِّدُ الدِّيَةَ فَلِلْمُكَاتَبِ القِصَاصُ لأَنَّ السَّيِّدَ مَمْنُوعٌ مِنْ مَالِهِ وَبَدَنِهِ».

قال الماوردي: وهـذا كما قال إذا كانت الجناية على المكاتب عبداً من عبد أو مكاتب فهو فيها مخير بين القود أو الدية، لانقطاع يد السيد عن ماله وبدنه، فإن أراد المكاتب القود لم يكن للسيد أن يجبره على المال وإن أراد المال لم يكن للسيد أن يجبره على القود، ويملك ما حصل له من أرش الجناية يستعين به في كتابته، لأنه في معنى كسبه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُصَالِحَ إِلاَّ عَلَى الاسْتِيْفَاءِ لِجَمِيعِ الأَرْشِ».

قال الماوردي: أما إذا طالب بالدية، ففيه عفو عن القود، ولو طالب بالقود لم يكن فيه عفو عن الدية لأن الدية بدل عن قود، فكان العدول إلى البدل عفواً عن المبدل ولم يكن العدول أرش العيب في المبيع يكون العدول إليه عفواً عن الرد، ولا تكون المطالبة بالرد عفواً عن الأرش، فأما العفو عن القود، فله فيه ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يعفو عنه إلى الدية مصرحاً بطلبها، فله ذلك ويستحق الدية، ويسقط القود.

والحال الثانية: أن يعفو عن القود، ويصرح بالعفو عن الدية، فيصح عفوه عن القود، وفي عفوه عن الدية قولان:

أحدهما: تصح إذا قيل: إن جناية العمد توجب القود وحده، وأن الدية لا تجب إلا باختيار المجني عليه لأنه الدية لا تجب إلا باختياره، والمكاتب لا يجبر على اختيار التملك، فيصح عفوه عن الدية كما صح عفوه عن القود.

والقول الثاني: أن عفوه عن الدية لا يصح، وإن صح عفوه عن القود إذا قيل: إن جناية العمد توجب أحد الأمرين من القود أو الدية لأن في عفوه عنها إسقاطاً لما ملكه

بها، فجرى مجرى الهبة فبطل العفو إن لم يأذن فيه السيد، وفي بطلانه بإذنه قولان كالهبة

والحال الثالثة: أن يعفو عن القود، ولا يصرح في الدية بعفو ولا طلب، فيسقط القود بعفوه، وفي سقوط الدية بإمساكه قولان:

أحدهما: تسقط إذا قيل: إن جناية العمد توجب القود، وأن الدية لا تجب إلا بالاختيار، فإذا لم يوجد اختيار الدية على الفور سقط حكمه.

والقول الثاني: لا تسقط الدية إذا قيل: إن جناية العمد توجب أحد الأمرين من القود أو الدية، فلا يكون العفو عن أحدهما عفواً عن الآخر.

فصل: فأما إذا صالح عن الدية فإن كان صلح بدل عدل عن جنس الدية إلى غيره من الأبدال صح الصلح ما لم يكن فيه إسقاط ومغابنة، وإن كان صلح إبراء بأن صالح من الدية على بعضها، فإن قيل: يصح عفوه عن الجميع كان عفوه عن البعض أصح، وإن قيل: يبطل عفوه عن الجميع بطل عفوه عن البعض.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ عَفَا عَنِ القِصَاصِ وَالأَرْشِ مَعاً ثُمَّ عُتِقَ كَانَ لَهُ أَخْذُ المَالِ وَلاَ قَوْدَ لأَنَّهُ عَفَا وَلاَ يَمْلِكُ إِتلافَ المَالِ وَلَوْ كَانَ العَفْوُ بِإِذْنِ السَّيِّدِ فَالعِتْقُ جَائِزٌ».

قال الماوردي: أما إذا قيل بصحة عفوه عن الدية فقد سقطت، سواء عتق بالأداء أو رق بالعجز، ولا مطالبة للسيد بها لصحة العفو عنها، فأما إذا قيل ببطلان العفو عن الدية فللمكاتب إن عتق أن يطالب بها، وللسيد إن رق المكاتب أن يطالب بها لبقاء الدية ببطلان العفو، والله أعلم.

بَابُ عِتْقِ السَّيِّدِ المُكَاتَبَ فِي المَرَضِ وَغَيْرِهِ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «إِذَا وَضَعَ السَّيِّدُ عَنِ المُكَاتَبِ كِتَابَتَهُ أَوْ أَعْتَقَهُ فِي المَرَضِ فَالعِتْقُ مَوْقُوفٌ فَإِنْ خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ بِالأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ أَوْ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ فَهُوَ حُرٌّ وَإِلاَّ عُتِقَ مِنْهُ مَا حَمَلَ الثُّلُثَ فَوُضِعَ عَنْهُ مِنَ الكِتَابَةِ بِقَدْرِ مَا عُتِقَ مِنْهُ وَكَانَ البَاقِي مِنْهُ عَلَى الكِتَابَةِ».

قال الماوردي: وقد ذكرنا فيما مضى أن عتق المكاتب إبراء له من مال الكتابة، وإبراؤه من مال الكتابة عتق له، وأنه لا فرق بين إبرائه وعتقه، وإذا كان كذلك وأبرأ السيد مكاتبه من مال كتابته، أو أعتقه في مرضه المخوف الذي مات منه، فهو من عطايا مرضه المعتبرة من ثلث ماله، والذي يعتبر من ثلث ماله أقل الأمرين من قيمته أو مال كتابته، فإن كانت القيمة أقل فهي المعتبرة من ثلثه لأنه لو أعتق وهو عبد قنٌّ اعتبر قيمته من ثلثه فكان المكاتب أولى باعتبار القيمة، وإن كان مال الكتابة أقل من قيمته فهو المعتبر من ثلثه دون القيمة لأنه لو أداه عتق به، فإذا ثبت أن المعتبر من ثلثه أقل الأمرين من قيمته أو مال كتابته لم يخل حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يخرج جميعه من ثلث، فيعتق جميع المكاتب، ويبرأ من جميع المال.

والقسم الثاني: أن لا يحتمل الثلث شيئاً منه لديون قد استوعبت جميع تركته، فيبطل عتقه وإبراؤه، ويؤخذ بأداء جميع ما عليه من مال الكتابة، ويعتق به، وإن كان أقل من قيمته، ولا اعتراض فيه لوارث، ولا غريم، وإن عجز عنه كان تعجيزه وإعادته إلى الرق موقوفاً على الورثة والغرماء، فإن أراد الورثة تعجيزه كان لهم، وإن أراد الغرماء تعجيزه كان لهم، فإن اتفق الورثة والغرماء على إنظاره جاز، وأيهم رجع عن إنظاره، وطلب تعجيزه، فله ذلك.

والقسم الثالث: أن يحتمل الثلث بعض ذلك، ويعجز عن بعضه، مثل أن يكون الثلث محتملاً للنصف من أقلّ أمريه، فيعتق نصفه، ويكون نصفه الباقي على كتابته يعتق بأدائه، ويرق النصف منه بعجزه.

فإن قيل: فكيف يصح عتق بعضه بالإبراء من بعض كتابته ولو أبرأه في جناية من بعض كتابته لم يعتق شيء منه، فهلا كان كذلك فيما احتمله الثلث من إبراء بعضه؟

قيل: الفرق بينهما أن صفة العتق في الإبراء من بعض الكتابة في حال الحياة لم يوجد، فلذلك لم يعتق شيء منه، وصفة العتق في إبرائه في المرض قد وجدت، فلذلك عتق، وإنما رد بعض العتق في حق الورثة، فافترقا.

فإن قيل: فكيف تثبت الكتابة في بعضه مع عتق بعضه وتبعيض الكتابة والعتق لا يجتمعان فيه؟ قيل: لا يجتمعان في ابتداء الكتابة، ويجوز أن يجتمعا في انتهائها، والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَوْصَى بِعِتْقِهِ عُتِقَ بِالأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ أَوْ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ إِنْ كَانَ قِيمَتُهُ أَلْفاً وَبَاقِي كِتَابَتِهِ خَمْسُمَائَةٍ أَوْ كَانَتْ أَلْفاً وَثَمَنُهُ خَمْسُمَائَةٍ فَيُعْتَقُ بِخَمْسِمِائَةٍ وَقَالَ فِي الإِمْلاَءِ عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ وَلَوْ أَعْتَقَهُ عِنْدَ المَوْتِ وَلاَ مَالَ لَهُ غَيْرُهُ عُتِقَ ثُلُثُهُ فَإِنْ أَدَّى ثُلُثَي الكِتَابَةِ عُتِقَ كُلُّهُ وَإِنْ عَجَزَ رُقَّ ثُلُثَاهُ وَلَوْ قَالَ ضَعُوا عَنْهُ كِتَابَتُهُ فَهِيَ وَصِيَّةٌ لَهُ فَيُعْتَقُ بِالأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ أَوْ كِتَابَتِهِ وَسَوَاءٌ كَانَتْ حَالَّةً أَوْ دَيْناً يُحْسَبُ فِي الثُّلُثِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا أوصى السيد بعتق مكاتبه أو بإبرائه من كتابته فهما سواء يعتبران في الثلث بأقل الأمرين على ما ذكرنا، فإن خرج أقلّ الأمرين من الثلث عتق جميعه، وإن عجز عنه ولم يخلف مالا سواه لم يخل ما عليه من مال الكتابة من أن يكون حالاً أو مؤجلاً، فإن كان قد حل عتق ثلثه في الحال، وقيل له: إن أديت ثلثي كتابتك عتق جميعك بالوصية والأداء، وإن عجزت استرق الورثة ثلثيك، فصار ثلثك حراً، وثلثاك مرقوقاً.

وإن كان مال الكتابة مؤجلاً، فقد اختلف أصحابنا هل يتعجل عتق ثلثه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يتعجل عتق شيء منه، لأنه لا يجوز أن يمضي بالوصية ما لا يحصل للورثة مثلاه، وفي تعجيل العتق ووقوف الثلثين على الأداء منع للورثة من التصرف في مثلي ما خرج بالوصية، فوجب أن يكون موقوفاً، فكلما أدى من مال كتابته شيئاً إلى الورثة عتق منه مثل نصفه، ليصير إلى الورثة مثلا ما خرج بالوصية.

والوجه الثاني: وهو ظاهر مذهب الشافعي، وقول جمهور أصحابه أنه يتعجل ثلثه في الحال، ويكون ثلثاه موقوفاً على الأداء، فإن وفاه عتق، وصار جميعه حراً، وإن عجز عنه رق ثلثاه، وكان ثلثه حراً، واختلف من قال بهذا الوجه في العلة في

تعجيل العتق، ووقوف الباقي، فقال أبو إسحاق المروزي لأن جميع المكاتب حاضر، والورثة في باقيه على يقين من أحد أمرين: من عتق بأداء، أو رق بعجز وإنما يمنع من ثبوت الوصية بحاضر إذا كان باقي المال غائباً.

وقال غيره من أصحابنا: إن العلة فيه أنه دين مؤجل قد أوصى به لمن هو عليه، فإذا لم يخرج من الثلث برىء من ثلث الدين، وكان ثلثاه باقياً للورثة إلى أجله، وهكذا حكم الوصية بالدين.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَاتَبَهُ فِي مَرَضِهِ وَلاَ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ وَقَفْتُ فَإِنْ أَفَادَ السَّيِّدُ مَالاً يُخْرِجُ بِهِ مِنَ الثُّلُثِ جَازَتِ الكِتَابَةِ وَإِنْ لَمْ يُفِدْ جَازَتْ كِتَابَةُ ثُلُثِهِ إِذَا كَانَتْ كِتَابَةَ مِثْلِهِ وَلَمْ تَجُزْ فِي ثُلُثَيْهِ (قَالَ المُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا خِلاَفُ قَوْلِهِ لاَ تَجُوزُ كِتَابَةُ بَعْضِ عَبْدِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، الكتابة في المرض المخوف إذا تعقبه الموت معتبرة من الثلث، لأنها كالعطايا والهبات والصدقات، لأن المأخوذ منها قد كان مستحقاً بالملك فخالف البيع الذي لا يستحق الثمن فيه إلا بالعقد، وإذا كان كذلك، فهي على الصحة في جميعه ما لم يمت السيد، فإن قبضها منه في حياته عتق بها إن كان الحاصل من الكتابة مثل قيمته، وإن نقص فبقسطه من ثلث تركته، وإن مات السيد قبل الأداء لم يخل حال المكاتب من أن يخرج قيمته من الثلث أو لا يخرج، فإن خرجت قيمته من الثلث كان على كتابته يؤديها إلى الورثة ليعتق بأدائها أو يسترق بالعجز عنها، وإن لم يخرج قيمته من الثلث، ولا كان له مال سواه لزمت الكتابة في ثلثه، وكان ثلثاه موقوفاً على إجازة الوارث ورده، فإن أجازها الوارث له من جميع الكتابة جازت، وإن ردها بطلت الكتابة في ثلثيه، ولزمت في ثلثه، فإذا أدى ثلث الكتابة عتق ثلثه، وكان ثلثاه مملوكاً.

فإن قيل: كيف تصح الكتابة في ثلثه، وكتابة بعض العبد لا تصح، وكيف يعتق ثلثه بأداء ثلث الكتابة وصفة العتق مشروطة بأداء الجميع؟

قيل: لأن عقد الكتابة قد كان على جميعه، فصحت، وإنما بطل بعضها في حق الوارث، فلم يوجب بطلان باقيها في حق الموروث لاختصاص كل واحد منها بحقه.

وإذا عادت الكتابة إلى ثلثه عاد مالها إلى ثلثه، فصار هو المشروط في العتق.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَا أَقَرَّ بِقَبْضِهِ فِي مَرَضِهِ فَهُوَ كَالدَّيْنِ يُقِرُّ بِقَبْضِهِ فِي صِحَّتِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إقرار السيد في مرضه بقبض الكتابة من مكاتبه لازم كالإقرار به في حال الصحة، سواء كاتبه في المرض أو في الصحة، لأن من صح منه القبض صح إقراره بالقبض، ولأنه إقرار بحق، فصار كالشهادة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا وَضَعَ عَنْهُ دَنَانِيرَ وَعَلَيْهِ دَرَاهِمَ أَوْ شَيْئاً وَعَلَيْهِ غَيْرُهُ لَمْ يَجُزْ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا كاتبه على دراهم، وأبرأه من دنانير أو كاتبه على دنانير، وأبرأه من دراهم لم يبر من شيء من كتابته، لأن ما أبرأه منه لا يستحقه وما يستحقه لم يبرئه منه، فكان هذا الإبراء منه عبثاً إلا أن يقول وقد كاتبته على ألف درهم: قد أبرأتك بقيمة عشرة دنانير، فصح إبراؤه من الدراهم بقيمة عشرة دنانير، وكذلك لو قال من بعد: قد كنت أردت بإبرائي من عشرة دنانير قدر ما يقوم من الدراهم بها عمل على قوله، وإنما بطلت البراءة إذا لم يصرح بذلك، ولم يرده، فإن ادعى المكاتب عليه أنه أراد قيمة عشرة دنانير، فالقول قول السيد مع يمينه، ولو وصى السيد بهذا الإبراء كان حكمه مع الوارث كحكمه معه لو كان هو المبرىء.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ قَالَ قَدِ اسْتَوْفَيْتُ آخِرَ كِتَابَتِكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ أَوْ شَاءَ فُلَانٌ لَمْ يَجُزْ لأَنَّهُ اسْتِثْنَاءٌ».

قال الماوردي: إذا قال: قد استوفيت منك مال كتابتك إن شاء الله أو شاء فلان لم يجز، وكان إقراراً باطلاً، واختلف أصحابنا في العلة، فقال بعضهم وهو الظاهر من كلام الشافعي لأن مشيئة الله تعالى استثناء يرفع حكم ما اتصل به، كما يرتفع به حكم الطلاق، والعتاق، والأيمان، وقال آخرون: لأن مشيئة الله في الكلام تستعمل في المستقبل دون الماضي، فصار معناه سأستوفي منك إن شاء الله، وأما إن قال: قد استوفيت منك مال كتابتك إن شاء زيد لم يصح أيضاً واختلف أصحابنا في العلة، فذهب بعضهم إلى ظاهر ما قاله الشافعي أنه استثناء.

وقال آخرون: لأنه إقرار مقيد بصفة وحَمَّلوا قول الشافعي: لأنه استثناء على مشيئة الله دون مشيئة غيره، لأن الاستثناء مختص بمشيئة الله وحده.

وأما إن قال: قد استوفيت منك آخر كتابتك وأطلق، لم يكن هذا إقراراً باستيفاء جميع مال الكتابة، لاحتماله أن يريد به ما حل من نجومه دون ما لم يحل أو أن يريد به آخر نجم دون أوله أو يريد به جميع الباقي بأسره، فلاحتماله ذلك لم يكن إقراراً باستيفاء جميع المال حتى يريده، والله أعلم بالصواب.

الوَصِيَّةُ لِلْعَبْدِ أَنْ يُكَاتَبَ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَوْصَى أَنْ يُكَاتَبَ عَبْدٌ لَهُ لاَ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ حَاصَّ أَهْلَ الوَصَايَا وَكُوتِبَ عَلَى كِتَابَةِ مِثْلِهِ وَلَوْ لَمْ تَكُنْ وَصَايَا وَلاَ مَالَ لَهُ غَيْرُهُ قِيلَ إِنْ شِئْتَ كَاتَبْنَا ثُلُثَكَ وَوَلاَءُ ثُلُثِكَ لِسَيِّدِكَ وَالثُّلُثَانِ رَقِيقٌ لِوَرَثَتِهِ (قَالَ المُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا خِلاَفُ أَصْلِ قَوْلِهِ مِثْلُ الَّذِي قَبْلَهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا وصى بكتابة عبده كانت قيمته معتبرة من ثلثه، لأن الكتابة كالعطايا والهبات من وجه، وكالعتق من وجه، يعود الولاء فيه إلى السيد، وكل واحد من العطايا والعتق معتبر من الثلث، فكذلك الكتابة، وإذا كان كذلك لم يخل أن تخرج قيمة العبد من الثلث أو لا تخرج، فإن خرجت قيمته من الثلث كوتب جميعه إن شاء، لأن الكتابة لا تتم إلا باختياره، فإن لم يرد الكتابة بطلت الوصية بكتابته، فإن عاد فطلبها بعد الرق لم يستحقها إلا أن يستأنف الورثة كتابته في حقوق أنفسهم، وإن أراد الكتابة في الابتداء أجيب إليها، ورجع في القدر الذي يكاتب به إلى الوصية، فإن سماه السيد، وذكر القدر الذي يكاتب به لم يزد عليه سواء كان قليلاً أو كثيراً، لأن الوارث لا يلحقه فيه ضرر، إذا كانت قيمته محتسبة على الميت في ثلثه، وإن لم يذكر قدراً كوتب كتابة مثله، كما لو وصى ببيعه على رجل بيع بثمن مثله، وكتابة المثل أن تكون على أكثر من قيمته كالبيع بالنَّسَاءِ يكون بأكثر من ثمنه نقداً، فإذا صحت كتابته، وانعقدت على ما وصفنا أدى مالها إلى الورثة، وكان ذلك كسباً لهم لا يضم إلى تركة الموصي، لأنه نماء مال حدث بعد الوفاة، فجرى مجرى ما حدث من نماء النخل، ونتاج الماشية، فإن أدى هذا المكاتب مال كتابته عتق، وكان ولاؤه للموصي، ينتقل بموته إلى الذكور من عصبته، وإن عجز كان ورثته بالخيار بين إنظاره، وبين تعجيزه واسترجاعه.

فصل: وإن ضاق الثلث عن قيمته، ولم يخرج جميعها منه، فلا يخلو أن تكون معه وصايا أو لا تكون، فإن لم تكن معه وصايا توفر الثلث كله في قيمته، وكوتب منه بقدر ثلثه، وإن كانت معه وصايا فقد اختلف قول الشافعي في الوصايا والعتق إذا

اجتمعا في الوصية، هل يقدم العتق، أو يكون أسوة جميع العطايا؟ على قولين مضيا في الوصايا.

أحدهما: يكون العتق أسوة الوصايا، فعلى هذا تكون الكتابة أسوة جميع العطايا والوصايا يتحاصون في الثلث على قدر حقوقهم.

والقول الثاني: أن العتق مقدم على جميع العطايا والوصايا، لفضل مرتبته بالسراية التي تختص به، فعلى هذا اختلف أصحابنا في الكتابة هل تجري في ذلك مجرى العتق المحض أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنها تجري مجرى العتق المحض، لإفضائها إليه، فعلى هذا تقدم الكتابة على جميع الوصايا كما يقدم العتق.

والوجه الثاني: أنها لا تجري مجرى العتق المحض لما فيه من استحقاق العوض، فصار بالمعاوضات في ابتدائه أشبه، ولا يوجب إفضاؤه إلى العتق أن يكون مقدماً على الوصايا كلها كما لو أوصى الرجل بأبيه لم يقدم على الوصايا وإن أفضى إلى عتقه، فعلى هذا يكون أسوة جميع الوصايا، ويقسم الثلث على جميعها بالحصص.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا من عود كتابته لعجز الثلث عن قيمته إلى بعضه أو لم يكن له مال سواء فلزمت الكتابة في ثلثه، وجب على الورثة أن يكاتبوه على الثلث إذا اختار كتابة المثل إن لم يقدر بالوصية، وكان ثلثاه رقيقاً للورثة.

فإن قيل فإذا صار هذا العبد مشتركاً بين الموصي والورثة، فكيف تصح الكتابة في حق الموصي وحده، وليس لأحد الشريكين أن يكاتب حصته قيل: إنما منع الشريك من مكاتبة حصته لئلا يدخل بها ضرر على شريكه، والورثة هاهنا إنما صار لهم الملك بعد دخول الضرر بالكتابة فلذلك لم يكن لهم المنع منها.

فإذا صحت الكتابة في ثلثه أدى مالها إلى الورثة فإن وفاه عتق ثلثه، وكان ثلثاه رقيقاً للورثة، ولا يسري العتق بالكتابة إليه، لأنه عتق على ميت قد زال ملكه، وإن عجز المكاتب فرق ثلثه الذي كان مكاتباً، فهل يعود إلى التركة حتى تتوفر به الوصايا أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يعود إلى التركة لأنه إنما اعتبر من الثلث ليعتق، فإذا لم يعتق لم يعتبر فيه، وكان تركة.

والوجه الثاني: لا يعود إلى التركة، لأن اعتباره في الثلث لم يكن موقوفاً على

العتق، فإذا عاد بالعجز إلى الرق صار مالاً مستفاداً للورثة، كما كان مال الأداء ملكاً مستفاداً لهم. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ كَاتِبُوا أَحَدَ عَبِيْدِي لَمْ يُكَاتِبُوا أَمَةً وَلَوْ قَالَ إِحْدَى إِمَائِي لَمْ يُكَاتِبُوا عَبْدَاً وَلاَ خُنْثَى وَإِنْ قَالَ أَحَدَ رَقِيقِي كَانَ لَهُمُ الخِيَارُ فِي عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ (قَالَ المُزَنِيُّ) قُلْتُ أَنَا أَوْ خُنْثَى».

قال الماوردي: أما اسم العبيد فلا يدخل فيهم الإماء، واسم الإماء فلا يدخل فيهن العبيد، فأما الخناثى فإن كانوا على إشكالهم لم يدخلوا في اسم العبيد، ولا في اسم الإماء، وإن زال إشكالهم، ففي دخولهم في اسم العبيد إن كانوا ذكوراً، وفي اسم الإماء إن كانوا إناثاً وجهان:

أحدهما: يدخلون فيه بزوال الإشكال لاستقرار حكمهم في الجنس.

والوجه الثاني: أنهم لا يدخلون مع زوال الإشكال في مطلق اسم العبيد، ولا في مطلق اسم الإماء، لأن الأسماء محمولة على العرف دون النادر، وإذا كان كذلك، ووصى بمكاتبة عبد لم يجز أن يكاتب من لا ينطلق عليه اسم العبيد، وإذا وصَّى أن يكاتب أمة لم يجز أن يكاتب من لا ينطلق عليه اسم الإماء. والله أعلم.

فصل: فأما إذا قال كاتبوا رأساً من رقيقي، دخل فيهم العبيد والإماء، وكان الوارث بالخيار بين أن يكاتب عبداً أو أمة.

فأما الخنثى: فإن زال إشكاله دخل في أسهم الرقيق، وجاز أن يكاتب لأنه عبد إن بان ذكراً، أو أمة إن بانت أنثى، وإن كان على إشكاله باقياً، فقد خرّج أصحابنا دخوله في مطلق اسم العبيد، وجواز كتابته على قولين:

أحدهما: وهو قول المزني، يدخل في مطلق الاسم، وتجوز كتابته في الوصية، لأن اسم الرقيق ينطلق على الجنس، فيدخل فيه الجميع.

والقول الثاني: وهو قول الربيع وأشار إلى نقله عن الشافعي أنه لا يدخل في مطلق الاسم ولا تجوز كتابته في الوصية، لأن مطلق الاسم محمول في الشرع على العرف كالأيمان، والله أعلم.

بَابُ مَوْتِ سَيِّدِ المُكَاتَبِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَنْكَحَ ابْنَةً لَهُ مُكَاتَبَهُ بِرِضَاهَا فَمَاتَ وَابْنَتُهُ غَيْرُ وَارِثَةٍ إِمَّا لِاخْتِلَافِ دِينِهِمَا أَوْ لِأَنَّهَا قَاتِلَةٌ فَالنِّكَاحُ ثَابِتٌ وَإِنْ كَانَتْ وَارِثَةً فَسَدَ النِّكَاحُ لِأَنَّهَا مَلَكَتْ مِنْ زَوْجِهَا بَعْضَهُ».

قال الماوردي: وأصل هذا أنه يجوز للسيد أن يزوج بنته بمكاتَبِهِ إذا أذنت فيه، لأن رضا الولي والمنكوحة بسقوط الكفاءة لا يمنع من صحة العقد، فإذا مات السيد وبنته غير وارثة لاختلاف دين أو قتل فالنكاح بحاله، لأنها لم تملك منه في الحالين شيئاً، وإن كانت وارثة بطل نكاحه، لأنها ملكت بعض زوجها، وملك المرأة لزوجها أو شيء منه مبطل لنكاحها، لتنافي ملك اليمين وعقد النكاح.

وقال أبو حنيفة: لا يبطل النكاح إذا ملكته بعد العقد ولو ملكته قبل العقد بطل النكاح وبناه على أصله في أن الوارث لا يملك رقبة المكاتب، وإنما يملك ما عليه من مال الكتابة، وإذا ملكت المرأة ديناً على زوجها لم يبطل نكاحها، وهذا فاسد، لأن حقوق الملك إذا منعت ابتداء النكاح منعت استدامته، كالعبد يبطل النكاح بعقده بعد ملكه، وبملكه بعد عقده، كذلك نكاح الكاتب لما بطل بملكه في ابتداء العقد وجب أن يبطل به في استدامته وليس لقوله إنما تملك الدين دون الرقبة وجه، لأمرين:

أحدهما: أنها تملكه بالعجز، والديون لا تملك بالعجز عنها في باب العبيد.

والثاني: أنه لم يمنع من ابتداء العقد إلا لأجل الملك فكذلك في استدامته والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ دَفَعَ مِنَ الكِتَابَةِ مَا عَلَيْهِ إِلَى أَحَدِ الوَصِيَّيْنِ أَوْ أَحَدِ وَارِثَيْنِ أَوْ إِلَى وَارِثٍ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ لَهُ وَصَايَا لَمْ يُعْتَقْ إِلاَّ بِوُصُولِ الدَّيْنِ إِلَى أَهْلِهِ وَكُلِّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ إِذَا لَمْ يَدْفَعْ بِأَمْرِ حَاكِمٍ أَوْ إِلَى وَصِيٍّ».

قال الماوردي: ولهذه المسألة أصلان:

أحدهما: أن الكتابة لا تبطل بموت السيد للزومها من جهته، وتبطل بموت المكاتب، لأنها غير لازمة من جهته.

والثاني: أن المكاتب يلزمه بموت السيد أن يدفع مال الكتابة إلى كل من تعلق حقه بتركته، ولا يعتق حتى يوصله إلى جميعهم.

فإذا ثبت هذان الأصلان فلا تخلو تركة السيد إذا مات من أن يتعلق بها ديون ووصايا أو لا يتعلق بها، فإن لم يتعلق بها ديون ولا وصايا، فالمستحق لها الورثة، فإن كان واحداً اعتبرت حاله، فإن كان جائز الأمر فهو المستحق لقبض ماله إن كان حاضراً فإن دفعه إليه عتق، وإن عدل عنه بدفع المال إلى غيره لم يعتق، سواء كان المدفوع إليه حاكماً أو غير حاكم، ولو كان الوارث الجائز الآمر غائباً نظر، فإن كان له وكيل حاضر دفعه إلى وكيله وعتق بدفعه، فإن عدل بدفعه إلى حاكم أو غيره لم يعتق، وإن لم يكن للوارث الغائب وكيل دفعه إلى الحاكم، وعتق بدفعه، فإن عدل بدفعه إلى غيره من مناسب أو أجنبي لم يعتق، وإن كان الوارث الواحد مولى عليه دفعه إلى وليه، وعتق بدفعه إليه، فإن عدل بدفعه إلى غير وليه لم يعتق، وإن كان الورثة جماعة دفعه إليهم إن جاز أمرهم أو إلى ولي من كان مولى عليه منهم، فإن دفعه إلى بعضهم لم يعتق والله أعلم.

فصل: فأما إذا تعلق بتركة السيد ديون ووصايا، فنذكر حكم الديون إذا انفردت، وحكم الوصايا إذا انفردت، ليعلم به حكم اجتماعهما، فنقول:

إن الديون لا يخلو أن يوصي السيد بدفعها من مال الكتابة أو لايوصي به، فإن أوصى بدفعها من مال الكتابة، فأرباب الديون هم المستحقون لقبضه دون الورثة، وتكون الوصية إذناً بدفع الكتابة إليهم، وجرى دفعه إليهم مجرى دفعه إلى الورثة إذا لم تكن ديون، فإن كان واحداً صار كالوارث الواحد، ويعتق بدفعه إليه إذا كان جائز الأمر ولا يلزم استئذان الوارث فيه، ولا الاجتماع مع صاحب الدين على قبضه، وإن كان الدين لجماعة عتق بدفعه إلى جميعهم على قدر ديونهم بالحصص، ولا يعتق بدفعه إلى بعضهم، وجروا مجرى الورثة إذا كانوا جماعة، فإن كان للسيد وصي في قضاء ديون له لم يعتق المكاتب بدفعه إليه، لأن أرباب الديون لا ولاية للوصي عليهم.

فإن لم يوص السيد بدفع مال الكتابة في دينه، فعلى المكاتب أن يجمع في دفع مال الكتابة بين الورثة وأرباب الديون، لأن لأرباب الديون حق الاستيفاء وللورثة أن يقضوها من أموالهم، ويأخذوا مال الكتابة لأنفسهم، فإن دفعها المكاتب إلى أصحاب الديون دون الورثة لم يعتق، وإن دفعها إلى الورثة دون أرباب الديون لم يعتق، وإن جمع بينهما في الدفع عتق.

فصل: وأما الوصايا، فلا يخلو أن يعينها السيد في مال الكتابة أو لا يعينها، فإن لم يعينها لم يخل أن يكون أرباب الوصايا معينين أو غير معينين، فإن كانوا غير معينين لزم المكاتب أن يجمع في دفعها بين الوصي والورثة دون أرباب الوصايا، فإن دفعها إلى الوصي دون الورثة لم يعتق، لأن للورثة أن يدفعوا الوصايا من غير الكتابة، وإن دفعها إلى الورثة دون الوصي لم يعتق، لأن الوصي هو الوالي على الوصية، وإذا جمع بينهما في الدفع عتق، لأنهم غير متعينين إلا باجتهاد الوصي، وإن كان أهل الوصايا معينين، لزم المكاتب أن يجمع في دفعها بين أهل الوصايا والورثة دون الوصي، لأن أهل الوصايا إذا تعينوا لم يكن عليهم ولاية للوصي، فإن دفعها إلى الورثة دون أهل الوصايا لم يعتق، وإن دفعها إلى أهل الوصايا دون الورثة لم يعتق، وإن جمع بينهما في الدفع عتق.

وإن عين السيد الوصايا في مال الكتابة فلا يخلو أن تكون الوصايا لمعينين أو غير معينين، فإن كانت لمعينين لزم المكاتب دفعها إلى أهل الوصايا المعينين دون الوصي والورثة، لأنه لا ولاية للوصي عليهم، وليس للورثة أن يعدلوا بالوصايا إلى أموالهم، فإذا انفرد أهل الوصايا بها عتق، وإن كانت الوصايا لغير معينين لزم المكاتب دفعها إلى الوصي وحده دون الورثة، لأنهم لا حق لهم فيها، إذا خرجت من الثلث، ودون أهل الوصايا، لأنهم لم يتعينوا إلا باجتهاد الوصي القابض، فلذلك عتق المكاتب بدفعها إليه وحده والله أعلم.

بَابُ عَجْزِ المُكَاتَبِ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَيْسَ لِسَيِّدِهِ أَنْ يَفْسَخَ كِتَابَتَهُ حَتَّى يَعْجَزَ عَنْ أَدَاءِ نَجْمٍ فَيَكُونَ لَهُ فَسْخُهَا بِحَضْرَتِهِ إِنْ كَانَ بِبلَدِهِ وَإِذَا قَالَ لَيْسَ عِنْدِي مَالٌ فَأُشْهِدَ أَنَّهُ قَدْ عَجَّزَهُ بَطُلَتْ كَانَ عِنْدَ سُلْطَانٍ أَوْ غَيْرِهِ وَاحْتَجَّ فِي ذَلِكَ بِابْنِ عُمَرَ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن الكتابة لازمة من جهة السيد دون المكاتب لما قدمناه من الفرق بينهما من وجهين، فإذا لم تحلّ أنجم الكتابة فلا مطالبة للسيد، والسيد على كتابته ونفوذ تصرفه، ويملك كسبه، فإن حل النجم وأداه المكاتب خرج به من حق السيد، فإن كان آخر نجم عتق به، وإن كان في تضاعيف نجومه كان عتقه موقوفاً على الأخير، وإن لم يؤد المكاتب مال النجم عند حلوله لم يخل أن يكون ذلك لعجز منه أو مع قدرة عليه، فإن كان لعجز عنه وإعسار به، فالسيد بالخيار بين إنظاره وبين تعجيزه، وتفسخ كتابته اعتباراً بأصلين:

أحدهما: فسخ البيوع بالعيوب، لأن عجزه عيب.

والثاني: استرجاع البائع عين ماله بالفلس، لأن عجزه فلس، فإن أنظره كان على كتابته، وإن عجزه فسخ واحتاج الفسخ إلى شرطين:

أحدهما: أن يقول المكاتب قد عجزت، ويقول السيد: قد فسخت كتابتك، ويستحب أن يشهد بالفسخ استظهاراً، وإن لم يجب ويجوز الفسخ، وإن لم يحضره حاكم اعتباراً بالفسخ بالعيب، للاتفاق على حكمه دون الفسخ بالفلس للاختلاف فيه، وقد روى نافع عن ابن عمر أنه كاتب عبداً له على ثلاثين ألف درهم، فقال: أنا عاجز، فقال: امح كتابتك، قال: بل امح أنت يعني به الفسخ، ولم يحضره حاكم، فإذا فسخ بطلت الكتابة سواء كان العجز عن آخر نجم أو عن أوله.

فصل: وإن امتنع الكاتب من أداء النجم مع القدرة عليه، فقد اختلف الفقهاء في جواز تعجيزه، فذهب الشافعي إلى أن للسيد تعجيزه، وفسخ كتابته بأن يقول المكاتب: قد عجزت نفسي ويقول السيد: قد فسخت كتابتك.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز الفسخ مع القدرة على الأداء، ويؤخذ المكاتب جبراً بدفع الكتابة، وقد تقدم من الكلام معه ما أقنع، وإذا أجاز الفسخ مع القدرة لم يكن للسيد أن ينفرد بالفسخ إلا بحكم حاكم لموضع الخلاف فيه، كما ليس للبائع أن يرجع بعين ماله عند فلس المشتري، إلا بحكم حاكم لأجل الخلاف فيه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ سَأَلَهُ أَنْ يُنْظِرَهُ مُدَّةً يُؤَدِّي إِلَيْهَا نَجْمَهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَيْهِ وَلاَ لِلسُّلْطَانِ أَنْ يُنْظِرَهُ إِلاَّ أَنْ يُحْضِرَهُ مَالَهُ يَبِيعُهُ مَكَانَهُ إِلَى المُدَّةِ فَيُنْظِرَهُ قَدْرَ بَيْعِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا سأل المكاتب سيده الإنظار بمال النجم بعد حلوله لم يخل سؤاله من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون لاكتساب وطلب، فلا يلزم السيد إنظاره، ولا للسلطان أن يأمره بالإنظار، سواء كان ما استنظره من الزمان قليلاً أو كثيراً، لأن الإنظار زيادة في الأجل، والآجال لا تلزم إلا في العقود.

والقسم الثاني: أن يستنظره لبيع متاع قد أحضره، فيلزمه إنظاره قدر بيعه، لأنه إنظار لتأدية الحق، لا لاكتسابه وطلبه، وهذا الإنظار هو علة لإمكان الأداء، وليس بأجل زائد على العقد يعتبر فيه قليل الزمان أن لا يتجاوز ثلاثة أيام.

والقسم الثالث: أن يستنظره لمال له غائب يقدر على نقله، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون على مسافة قريبة لا يقصر في مثلها الصلاة فعليه أن ينظره إلى حين نقله، لأنه في حكم الحاضر.

والضرب الثاني: أن يكون على مسافة بعيدة يقصر في مثلها الصلاة، فلا يلزمه إنظاره لأنه كالعادم.

والقسم الرابع: أن يستنظره لاقتضاء دين له، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون الدين مؤجلاً، فلا يلزم السيد إنظاره إلى حلول الأجل، لأنه زيادة أجل، وليس بإمهال لتأدية مال قد وجب.

والضرب الثاني: أن يكون الدين حالاً، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون الدين على موسر، فلا يلزم السيد إمهاله لاقتضاء دينه، لأن الدين على الموسر كالعين الحاضرة، ولذلك وجبت فيه الزكاة.

والضرب الثاني: أن يكون الدين على معسر، فلا يلزم السيد إنظاره إلى قبض دينه لأن ما على المعسر تاوٍ، ولذلك لم تجب فيه الزكاة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ حَلَّ عَلَيْهِ نَجْمٌ فِي غَيْبَتِهِ فَأَشْهَدَ سَيِّدُهُ أَنْ قَدْ عَجَّزَهُ أَوْ فَسَخَ كِتَابَتَهُ فَهُوَ عَاجِزٌ وَلاَ يُعَجِّزُهُ السُّلْطَانُ إِلاَّ أَنْ تَثْبُتَ بَيِّنَةٌ عَلَى حُلُولِ نَجْمٍ مِنْ نُجُومِهِ».

قال الماوردي: أما سفر المكاتب فقد ذكر الشافعي في هذا الكتاب جواز سفره، ومنعه في «الإملاء» من السفر، فاختلف أصحابنا فيه، فخرجه بعضهم على قولين:

أحدهما: ليس له أن يسافر بغير إذن سيده، لأن في السفر تغريراً بالمال، وتأخيراً للحق.

والقول الثاني: يجوز له أن يسافر، وليس للسيد أن يمنعه لأمرين:

أحدهما: أن المكاتب مالك لتصرف نفسه، فلم يكن للسيد أن يحجر عليه بمنعه.

والثاني: أن للسيد عليه الدين إلى أجل، وليس لصاحب الدين أن يمنع من عليه الدين المؤجل من السفر، وذهب أكثر أصحابنا إلى أن ليس ذلك على اختلاف قولين، وإنما هو لاختلاف حالين، فالموضع الذي جوز له فيه السفر إذا كان قريباً لا يقصر في مثله الصلاة، والموضع الذي منعه منه من السفر إذا كان بعيداً تقصر في مثله الصلاة.

فصل: فإذا ثبت هذا وكان المكاتب عند حلول النجم غائباً، فللسيد فسخ الكتابة مع غيبته كما كان له أن يفسخها مع حضوره، ولا يلزمه الإنظار بمال قد وجب، لكن اختلف أصحابنا في جواز تفرد السيد بالفسخ على وجهين:

أحدهما: وهو مذهب البصريين أنه يجوز أن ينفرد بالفسخ مع الغيبة، كما ينفرد به مع الحضور.

والوجه الثاني: وهو مذهب البغداديين أنه لا يجوز أن ينفرد بالفسخ حتى يأتي الحاكم، فيتولى الفسخ، لأن في الفسخ حقاً لغائب لا يتولاه إلا الحاكم، فعلى هذا لا يجوز للحاكم أن يفسخ إذا سأله السيد الفسخ إلا أن يقيم البينة عنده بمال الكتابة، وحلول النجم في غيبته، فإذا أقام السيد البينة بذلك أحلفه بالله إنه ما قبض مال هذا النجم، وإنه لباق عليه، وهذه اليمين استظهار عند أكثر أصحابنا، لأن اليمين لا تجب إلا بطلب مستحقها، ومنهم من أوجب في فسخ الحاكم، لأن لا يفسخ إلا بحق يزول معه الشبه، فإذا أحلفه فسخ الكتابة في الظاهر بعد إحلافه. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ قَالَ قَدْ أَنْظَرْتُهُ وَبَدَا لِي كُتُبُ السُّلْطَانِ إِلَى حَاكِمِ بَلَدِهِ فَأَعْلَمَهُ بِذَلِكَ وَأَنَّهُ إِنْ لَمْ يُؤَدِّ إِلَيْهِ أَوْ إِلَى وَكِيلِهِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَكِيلٌ أَنْظَرَهُ قَدْرَ مَسِيرِهِ إِلَى سَيِّدِهِ فَإِنْ جَاءَ وَإِلاَّ عَجَّزَهُ حَاكِمُ بَلَدِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا أنظر السيد مكاتبه عند عجزه جاز له أن يرجع في إنظاره، وإن خَالَفَنا فيه أبو حنيفة، وقد مضى الكلام معه، وإذا كان كذلك فللمكاتب عند رجوع السيد في إنظاره حالتان:

إحداهما: أن يكون حاضراً، فللسيد أن يفسخ كتابته إذا علم المكاتب برجوعه في الإنظار، ولم يبادر بالأداء.

والحال الثانية: أن يكون غائباً مسافراً، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون سفراً ممنوعاً منه على الوجه الذي يمنعه فيه من السفر، فللسيد أن يعجل الفسخ، ولا يلزمه التوقف لإعلامه لتعديه بالسفر، فلم يستحق الإنظار بعدوانه.

والضرب الثاني: أن يكون سفراً لا يمنع منه إما لأنه عن إذن السيد، وإما على الوجه الذي يجوز له السفر بغير إذن السيد، فليس للسيد أن يفسخ قبل إعلام المكاتب برجوعه في الإنظار، فيثبت السيد عند حاكم بلده عقد الكتابة، وحلول النجم الذي أنظره به، ويخبره برجوعه في إنظاره، فإذا أقام البينة بذلك أحلفه الحاكم أنه ما قبض من مال ذلك النجم، وإنه لباق عليه، فإذا فعل الحاكم ذلك كتب حينئذ إلى حاكم البلد الذي فيه المكاتب برجوع سيده في إنظاره، فإذا عرف المكاتب ذلك من حاكم بلده نظر، فإن كان السيد قد سافر إليه أو كان له وكيل فيه، فعجل دفع ذلك إليه أو إلى وكيله إن لم يكن السيد حاضراً وعتق، وإن أخر المال عن وكيله في الحال كان للسيد أن يفسخ، وينوب الحاكم عنه في الفسخ إذا سأله عند غيبته، ولا يلزم مع حضور الوكيل كما لا يحتاج إليه إذا كان السيد حاضراً، لأن القبض في الحالين ممكن، وإن لم يكن للسيد وكيل في بلد المكاتب أنظر المكاتب قدر المسافة من مسيره إلى سيده على حسب المكنة، فإن تأخر عنها فسخ السيد حينئذ الكتابة، أو ناب الحاكم عنه في الفسخ إذا فوضه إليه، فلو سأل السيد حاكم البلد الذي فيه المكاتب أن يقبض منه مال كتابته لم يلزمه القبض، وكان فيه بالخيار، لأن الذي يختص الحاكم بالتزامه هو الحكم دون القبض إلا أن يكون المال لمولى عليه، فتلزمه النيابة عنه في قبضه، لثبوت ولايته عليه وعلى ماله.

فصل: فأما إذا حل النجم، والمكاتب مسافر قد أخر الأداء عن سيده، فللسيد أن يفسخ ولا يلزم إعلام المكاتب بخلاف حال الرجوع بعد الإنظار.

والفرق بينهما: أن المكاتب قد علم بحلول النجم في سفره، وأن السيد قد استحق به فسخ كتابته، فلذلك لم يلزمه إعلامه، وليس كذلك إذا أنظره، لأنه لم يعلم باستحقاق الفسخ بعد رجوعه، فلذلك وجب إعلامه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ غُلِبَ عَلَى عَقْلِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُعَجِّزَهُ حَتَّى يَأْتِي الحَاكِمُ وَلاَ يُعَجِّزُهُ الحَاكِمُ حَتَّى يَسْأَلَ عَنْ مَالِهِ فَإِنْ وَجَدَهُ أَدَّى عَنْهُ وَإِنْ لَمْ يَجِدْهُ عَجَّزَهُ وَأَخَذَ السَّيِّدَ بِنَفَقَتِهِ وَإِنْ وَجَدَ لَهُ مَالاً، كَانَ لَهُ قَبْلَ التَّعْجِيزِ فَكُّ العَجْزِ عَنْهُ وَرَدَّ عَلَى سَيِّدِهِ نَفَقَتَهُ مَعَ كِتَابَتِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا جُنَّ المكاتب لم تبطل كتابته لأمرين:

أحدهما: أن لزومها من أحد الطرفين يمنع من بطلانها بجنون كل واحد من المتعاقدين كالرهن.

والثاني: أن فيها مع المعاوضة عتقاً بصفة لا يبطل بالجنون، فكذلك بالمعاوضة.

فإن قيل: أفليس عقد الكتابة يبطل بالموت، وإن لم يبطل به الرهن فهلاَّ بطل بالجنون وإن لم يبطل به الرهن؟ قيل: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن العتق ينافي الموت، ولا ينافي الجنون، فلذلك بطل بالموت، ولم يبطل بالجنون، والرهن لا ينافي الموت ولا الجنون، فلذلك لم يبطل بالموت ولا بالجنون.

والثاني: أنه لما كان العتق بالصفة يبطل بالموت، ولا يبطل بالجنون كانت الكتابة بمثابته في بطلانها بالموت دون الجنون.

فصل: فإذا ثبت أن الكتابة لا تبطل بالجنون، وإن بطلت بالموت فللسيد إذا حل نجم الكتابة أن يأتي الحاكم، فيثبت عنده عقد الكتابة وحلول النجم فيها، ثم يفتش الحاكم بعد ثبوت ذلك عن مال المكاتب، فإن وجد له مالاً دفعه إلى السيد، وعتق به إن كان من آخر نجومه.

فإن قيل: فهذا المال غير لازم للمكاتب، ولو غاب لم يفتش عن ماله فهلا كان في الجنون كذلك؟ قيل: لأنه قد صار بالجنون مولى عليه فكان للحاكم الولي عليه أن يصرف ماله في مصالحه، وأصلح الأمور تحري عتقه، وليس كذلك الغائب، لأنه لا ولاية عليه ومصالحة موكولة إليه، فإذا لم يجد للمكاتب مالاً أحلف الحاكم سيده أنه ما قبض مال النجم منه، وإنه لباق عليه، لأنه قضاء على مجنون فكان كالقضاء على الغائب، فإذا حلف السيد حكم لسيده بتعجيزه وإعادته عبداً قِنًّا، وأخذه بنفقته، فإن أفاق المجنون بعد استرقاقه وظهر له مال قامت البينة بتقدمه في ملكه أبطل الحاكم تعجيزه، وحكم بعتقه كما يبطل ما نفذ من أحكامه بالاجتهاد إذا خالف نصاً، وحكم

للسيد باسترجاع نفقته، لأنه أنفق بحكمه، فإذا استرجعها نظر في الباقي بعدها من مال المكاتب، فإن كان فيه وفاء عتق، وإن لم يكن فيه وفاء لم يعتق، وكان ما أخذه مستحقاً بالملك لا بالكتابة، ولو أقام المكاتب البينة بعد إفاقته أنه قد كان أدى مال كتابته إلى السيد قبل جنونه عتق، وكان السيد متطوعاً بالنفقة عليه، ولا يرجع بها بعد إفاقته، لأنه بجحود الاستيفاء قد صار ملتزماً ما لم يلزمه، فلذلك صار به متطوعاً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوِ ادَّعَى أَنَّهُ أَوْصَلَ إِلَيْهِ كِتَابَتَهُ وَجَاءَ بِشَاهِدٍ أُحْلِفُهُ مَعَهُ وَأُبْرِئُهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا ادعى المكاتب على سيده أنه دفع إليه مال كتابته، وأنكر السيد، فالقول قول السيد مع يمينه إن لم يكن للمكاتب بينة، وإن كانت له بينة سمعها الحاكم على سيده، وبينته في الأداء شاهدان أو شاهد وامرأتان، أو شاهد ويمين، ولا تسمع بينته في عقد الكتابة إلا من شاهدين.

والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن العتق بالكتابة أوجبه العقد، والأداء فيه صفة لحلوله، فلذلك لم تسمع في العقد إلا شاهدين وسمع في الأداء شاهد وامرأتان، أو شاهد ويمين، لأنه بينة على قضاء دين وبراءة ذمة.

والثاني: أن في عقد الكتابة إثبات تصرف للمكاتب، وزوال تصرف للسيد، فصارت ولاية لا تثبت إلا بشاهدين، والأداء مال وإبراؤه منه بالشاهد واليمين، والشاهد والمرأتين، كالوصية لا تثبت للموصى إليه إلا بشاهدين، لأنها ولاية، وتثبت للموصى له بشاهد وامرأتين، وشاهد ويمين، لأنه مال.

فصل: فلو ذكر المكاتب عند دعوى الأداء أن له بينة غائبة أنظر بها يوماً أو يومين، وأكثره ثلاثاً، لأن في إرهاقه، إضراراً به وفي الزيادة بالإنظار إضرار بالسيد، وفي الإنظار تقليل الزمان الذي لا يخرج إلى حد الكثرة وهو الثلث رفق بهما ورفع للضرر عنهما، فإذا أحضر بينة سمعت وإلا حكم عليه بيمين السيد، فإن أحضر في الثلاث شاهداً واحداً، واستنظر بالثاني أنظرته ثلاثة أيام مستقبلة، لأن له أن يحلف مع الشاهد الواحد إذا كان عدلاً، ولو أحضر في الثلاث شاهدين، ولم يثبت عدالتهما انظر بهما ثلاثاً، لأنه استنظار لبينة في شهادة أخرى.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ دَفَعَ الكِتَابَةَ وَكَانَتْ عَرَضاً بِصِفَةٍ فَقَبَضَهُ وَعُتِقَ ثُمَّ اسْتَحَقَّ قِيلَ لَهُ إِنْ أَدَّيْتَ مَكَانَكَ وَإِلاَّ رُقِقْتَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا كانت الكتابة على عرض موصوف، فأداه

المكاتب، وعتق به في الظاهر، واستحق من يد السيد بطل ما حكم به من العتق، لأن من صفة العرض في الكتابة أن يستحقه السيد ملكاً، والمستحق لا يملكه السيد، فلم تكمل فيه صفة العتق، فلذلك لم يقع به العتق، كمن علق عتقه بصفتين لم يعتق بوجود إحدى الصفتين، وإذا كان كذلك صار المكاتب باستحقاق العرض راجعاً إلى الكتابة لا إلى الرق ومعنى قول الشافعي: «قيل له: إن أديت مكانك وإلا رققت» يعني: وإلا عجزتك، فرققت، لأنه لا يعود إلى الرق إلا بالتعجير دون الاستحقاق، وإنما يعود إلى الكتابة بالاستحقاق، فإذا أدى لوقته مثل ذلك العرض عتق به حينئذ، وإن لم يؤده كان السيد بالخيار بين إنظاره وبين تعجيزه واسترقاقه.

فصل: ولو كان السيد قد استهلك العرض قبل استحقاقه من يده لزمه غرمه لمستحقه، وكان المستحق بالخيار في الرجوع به على من شاء من السيد أو المكاتب، فإن رجع به على السيد فأغرمه إياه بطل به عتق المكاتب، سواء كان غرمه مثلاً أو قيمة، وإن رجع به على المكاتب فأغرمه، فإن كان مثلاً لأن العرض كان ذا مثل عتق به المكاتب، لأنه يستحق الرجوع بغرمه على السيد، فصار الغرم والأداء المستحق عليه أداء إليه، وإن كان ما غرمه المكاتب قيمة، لأن العرض لا مثل له لم يعتق به المكاتب، لأن القيمة وإن استحق الرجوع بها على السيد ليست من جنس الكتابة، فلم يعتق بها ولم تصر قصاصاً مع اختلاف الجنسين، ورجع على سيده بالقيمة، ورجع السيد عليه بالعرض فإن تبارآ عن تراض وقع العتق حينئذ بالإبراء.

فصل: وإذا قال السيد لعبده: إن دفعت إليَّ هذا الثوب بعينه فأنت حر، فدفعه إليه، وكان مغصوباً، قال الشافعي في «الأم» لم يعتق به، وحمله على الكتابة، وإن لم تكن كتابة، وقال في الخُلع: إذا قال لزوجته: إذا دفعت إليّ هذا الثوب بعينه، فأنت طالق، فدفعته إليه، وكان مغصوباً طلقت، واختلف أصحابنا، فكان بعضهم ينقل جواب كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى، ويخرجها على قولين:

أحدهما: وقوع العتق والطلاق على ما نص عليه في الخُلع.

والثاني: لا يقع العتق، ولا الطلاق على ما نص عليه في العتق.

وقال آخرون منهم: بل جوابه في الموضعين على ظاهره يقع الطلاق بالمعين إذا استحق، ولا يقع به العتق.

والفرق بينهما: أن للزوجة مدخلا في رفع النكاح بالفسخ، فكان رفعه بالطلاق أوسع حكماً، وليس للعبد مدخل في رفع رقه، فكان العتق أضيق حكماً، وهذا الفرق يصير والذي أراه أن العتق يقع بالمستحق إذا كان معيناً كما يقع به الطلاق، لأن

المغلب فيها مع التعيين حكم الصفة، ولأن لم يكن الخلع أقوى لكونه عقد معاوضة لم يكن أضعف من مجرد العتق بالصفة.

فصل: ولو قال السيد لمكاتبه عند دفع العرض الذي عين في الظاهر: أنت حر، ثم استحق من يده، واختلف المكاتب والسيد، فقال السيد: أردت عتقه بالعرض الذي أداه، وقال المكاتب: بل أراد عتقي ابتداء من نفسه، فالقول قول السيد مع يمينه، لأن الظاهر معه ولا يعتق عليه المكاتب، ولو قال له بعد الاستحقاق أنت حر عتق عليه، ولا يقبل قوله: إني أردت ما ظننته في عتقه بالأداء، لأنه بخلاف الظاهر، ولو قال له بعد الأداء والعتق في الظاهر وقبل الاستحقاق: أنت حر، ثم قال بعد الاستحقاق: أردت بالعتق ما كان من ظاهر الأداء، ففي قبول ذلك منه وجهان محتملان:

أحدهما: يقبل منه قبل وجود الاستحقاق مع يمينه كما يقبل منه عند الأداء، لأنه في الحالين على سواء.

والوجه الثاني: لا يقبل، ويكون القول قول المكاتب مع يمينه، لأن العتق بالأداء قد استقر ظاهره بنقض زمانه، فصار لما تجدد بعده من لفظ العتق حكم مبتدأ، والله أعلم.

بَابُ الوَصِيَّةِ بِالمُكَاتَبِ وَالوَصِيَّةِ لَهُ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا أَوْصَى بِهِ لِرَجُلٍ وَعَجَّزَهُ قَبْلَ مَوْتِهِ أَوْ بَعْدَهُ لَمْ يَجُزْ كَمَا لَوْ أَوْصَى بِرَقَبَتِهِ وَهُوَ لَا يَمْلِكُهُ ثُمَّ مَلَكَهُ حَتَّى يُجَدِّدَ وَصِيَّةً لَهُ بِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا وصى برقبة المكاتب، وكتابته صحيحة كانت الوصية باطلة سواء عجز فرق أو أدى فعتق لخروجه بالكتابة عن ملكه، فصار كمن وصى بعبد لا يملكه لم تصح الوصية به، وإن ملكه، ولو قال: قد وصيت برقبته إن عجز ورق صحت الوصية، لأنه أضاف الوصية إلى ملكه، وإن لم يكن في الحال مالكاً، فصار كالوصية بثمرة نخلة ونتاج ماشية لجواز الوصايا بالصفات.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا أَوْصَى بِكِتَابَتِهِ جَازَتْ فِي الثُّلُثِ فَإِذَا أَدَّاهَا عُتِقَ فَإِنْ أَرَادَ الَّذِي أَوْصَى لَهُ تَأْخِيرَهُ وَالوَارِثُ تَعْجِيزَهُ فَذَلِكَ لِلْوَارِثِ تَصِيرُ رَقَبَتُهُ لَهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا أوصى بما على المكاتب من مال كتابته صحت الوصية، إذا كانت الكتابة صحيحة، لأنه مالك لمال الكتابة، فصار موصياً بما يملك فصحت وصيته، وإن جاز أن تسقط بالعجز كما يجوز أن يوصي بمال غائب وإن جاز أن يتلفه وبدين وإن جاز أن يتوى وإذا كان كذلك فالوصية تشتمل على جميع ما يؤديه المكاتب في حياة الموصي وبعد وفاته، لكنه لا يجوز أن يقبض ما أداه المكاتب في حياة الموصي إلا بعد وفاته، لأن الوصايا لا تملك إلا بعد الموت، ثم لا يخلو حال المكاتب من إحدى حالتين، إما أن يؤدي أو يعجز، فإن أدى أمضيت الوصية بجميع ما أداه إذا خرج من الثلث فإن عجز جميعه عن الثلث أمضى منه قدر ما احتمله الثلث ويعتق بالأداء إلى الموصى له، لأنه أداه إلى مستحقه، ويكون ولاؤه للموصي ينتقل عنه إلى عصبته، وإن عجز عن الأداء يملك الموصى له ما أخذه قبل العجز، ولا يخلو حال الموصى له والوارث من أربعة أحوال:

أحدها: أن يتفقا على إنظاره فيجوز، وتكون الكتابة بحالها، وما يؤديه المكاتب بعد الإنظار للموصى له كما يملك ما يؤديه قبل العجز.

والحال الثانية: أن يتفقا على تعجيزه، فيعود بالتعجيز رقيقاً يملكه الوارث، وتبطل الوصية فيما بقي من مال الكتابة، وتصح فيما قبض منها.

والحال الثالثة: أن يدعو الموصى له إلى إنظاره ليأخذ ما في كتابته، ويدعو الوارث إلى تعجيزه ليصير وارثاً لرقبته، فالقول قول الوارث في التعجيز، لأن الوصية معلقة بالأداء، ومنتهية بالعجز، فلما لم يكن للوارث إبطالها على الموصى له قبل العجز لم يكن للموصى له أن يبطل ملك الوارث بعد العجز.

والحال الرابعة؛ أن يدعو الموصى له إلى تعجيزه، ويدعو الوارث إلى إنظاره فليس لتعجيز الموصى له فائدة تعود عليه، فلا يؤثر تعجيزه، ويكون إمضاء الوارث أمضى، لأن الحق في التعجيز له، ويكون تعجيز الموصى له مبطلاً للوصية فيما يؤديه بعد الإنظار، ويصير الوارث أحق به.

فصل: وإذا أوصى بمال كتابته لزيد إن أدى، وبرقبته لعمرو إن عجز صحت الوصيتان، فإن أدى وعتق، استقرت الوصية بمال الكتابة، وبطلت الوصية بالرقبة، وإن عجز ورق بطلت الوصية بمال الكتابة، وصحت الوصية بالرقبة فإن اختلف الموصى له بالكتابة والموصى له بالرقبة عند عجزه وإنظاره، وتعجيزه، فذلك ضربان:

أحدهما: أن يدعو الموصى له بالكتابة إلى إنظاره، ويدعو الموصى له بالرقبة إلى تعجيزه، فيكون الموصى له بالرقبة في تعجيزه أحق من الموصى له بالمال في إنظاره، فتصح الوصية بالرقبة، وتبطل الوصية بالكتابة.

والضرب الثاني: أن يدعو الموصى له بالكتابة إلى تعجيزه، ويدعو الموصى له بالرقبة إلى إنظاره فتبطل الوصيتان جميعاً بالكتابة والرقبة، لأن كل واحد منهما داع إلى إبطال وصيته، فصار مبطلاً لها، ويعود المكاتب إلى الورثة، فيكونوا فيه بالخيار بين إنظاره وتعجيزه.

فصل: وإذا وصى بما تعجله المكاتب من مال كتابته صحت الوصية، وكانت مختصة بما يؤديه تعجيلاً قبل حلولها، فأي شيء عجل المكاتب استحقه الموصى له، وما أداه بعد حلوله استحقه الوارث، لأن تعليق الوصايا بالصفات المجهولة جائز.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَتِ الْكِتَابَةُ فَاسِدَةً بَطُلَتِ الوَصِيَّةُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا كانت الكتابة فاسدة بطلت الوصية بمال الكتابة، لأن بطلانها قد أسقط مالها من ذمة المكاتب، فصار موصياً بما لا يملك، ولكن لو قال: قد أوصيت لك بما يؤديه مكاتبي صحت الوصية، وإن كانت الكتابة فاسدة، لأنه يؤدي في الكتابة الفاسدة، ويعتق كما يؤدي في الصحيحة ويكون ذلك

جاريا مجرى قوله في الكتابة الصحيحة قد أوصيت لك برقبته في صحة الوصيتين إن عجز، ويجري قوله: قد وصيت لك بمال كتابته، والكتابة فاسدة مجرى قوله: قد وصيت لك برقبته والكتابة صحيحة في بطلان الوصيتين.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَوْصَى بِرَقَبَتِهِ وَكِتَابَتُهُ فَاسِدَةٌ فَفِيهَا قَوْلَانِ أَحَدُهُمَا أَنَّ الوَصِيَّةَ بَاطِلَةٌ وَالثَّانِي أَنَّ الوَصِيَّةَ جَائِزَةٌ (قَالَ المُزَنِيُّ) هَذَا أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ لِأَنَّهُ فِي مِلْكِهِ فَكَيْفَ لَا يَجُوزُ مَا صَنَعَ فِي مِلْكِهِ».

قال الماوردي: أما إذا علم بفساد كتابته فوصى برقبته صحت الوصية قولاً واحداً، لأنه وصى بما يعلم أنه مالكه فأما إن لم يعلم بفساد كتابته، حتى وصى برقبته ففي صحة وصيته قولان:

أحدهما: أن الوصية باطلة، لأنه قد وصى بما يعتقد أنه لا يملكه. فصار مقصودها فاسداً فبطلت، وصار كبيع الابن دار أبيه، وهو يعتقد أنه لا يملكها ثم بَانَ أن أباه مات، وكان الابن وارثاً لها لم يصح البيع، وإن صادف ملكاً لفساد المقصود.

والقول الثاني: واختاره المزني أن الوصية جائزة، لأنها صادفت ملكاً، وإن جهله، وقصد خلافه، وجرى مجرى وصيته بثمرة بستانه، وهو يعتقد أنه لا ثمرة فيه تصح الوصية مع جهله وقصد خلافه، فصار مسطور ما تقدم من هذا الباب مشتملاً على أربع مسائل:

أحدها: أن يوصي برقبته في كتابة صحيحة، فتكون الوصية باطلة.

والثانية: أن يوصي بمال كتابته في كتابة فاسدة، فتكون الوصية صحيحة.

والثالثة: أن يوصي برقبته في كتابه فاسدة، فتكون الوصية صحيحة.

والرابعة: أن يوصي بمال كتابته في كتابة صحيحة فتكون الوصية باطلة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ ضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ وَمِثْلَ نِصْفِهِ وُضِعَ عَنْهُ أَكْثَرُ مِنَ النِّصْفِ بِمَا شَاءُوا وَمِثْلَ نِصْفِهِ».

قال الماوردي: أما إذا أوصى المكاتب بأكثر مما على مكاتبه كانت وصيته بأكثر من النصف بجزء وإن قلّ لأن ما زاد على النصف هو أكثر الجملة، ولو وصى له بأكثر ما عليه، ومثل نصفه كانت وصية بأكثر من النصف وأكثر من الربع، لأن الأكثر إذا كان أكثر من النصف كان نصفه أكثر من الربع، فيكون الوصية بثلاثة أرباع الكتابة، وجزء نصف ذلك الجزء.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ ضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَ مَا عَلَيْهِ وَمِثْلَهُ وُضِعَ عَنْهُ الكِتَابَةُ كُلُّهَا وَالفَضْلُ بَاطِلٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن الأكثر إذا كان أكثر من النصف كان ضعفه أكثر من الكل، فصار موصياً بمال الكتابة، وبطلت فيما لا يملكه من الزيادة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ ضَعُوا عَنْهُ مَا شَاءَ فَشَاءَهَا كُلَّهَا لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلاَّ أَنَّ يُبْقِي مِنْهَا شَيْئاً».

قال الماوردي: وهذه مسألة نقل الربيع فيها شرطاً أسقطه المزني، فالذي نقله الربيع في «الأم» ولو قال: ضعوا عنه ما شاء من كتابته فشاءها كلها لم يكن له إلا أن يبقي منها شيئاً، وهذا جواب اتفق عليه جميع أصحابنا، وإنما اختلفوا في علته.

فقال بعضهم: لأن الوضع في المعروف من كلام الناس يتناول بعض الشيء، وإبقاء بعضه.

وقال آخرون: بل العلة فيه أن لفظة «من» موضوعة للتبعيض، فلذلك لم يكن له وضع الجميع.

وأما الذي نقله المُزَنِيُّ، فهو لو قال: ضعوا عنه ما شاء، فشاءها كلها لم يكن له، فاختلف أصحابنا في صحة نقله بحسب اختلافهم في علة ما نقله الربيع، فذهب بعضهم إلى صحة نقله، وأنه إذا شاء إسقاط جميع الكتابة لم يكن له حتى يبقي منها شيئاً، وهذا قول من علل مسألة الربيع بأن معروف الوضع أن يُبقي شيئاً من الأصل.

وقال آخرون: بل سها المزني في نقله، وأسقط قوله من كتابته وجواب نقله عند إسقاط «من» جوابه إذا شاء وضع جميع الكتابة صح، وهذا جواب عن علل مسألة الربيع بأن لفظة «من» موضوعة للتبعيض.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا قَالَ ضَعُوْا عَنْهُ نَجْماً مِنْ نُجُومِهِ كَانَ هَذَا مَرْدُوداً إِلَى اخْتِيَارِ الْوَارِثِ فِي وَضْعِ أَيِّ نَجْمٍ شَاءَ مَنْ قَلِيْلِ النُّجُومِ أَوْ كَثِيرِهَا كَمَا لَوْ قَالَ: أَعْطُوهُ عَبْداً أَعْطُوهُ أَيَّ عَبْدٍ شَاؤُوا».

قال الماوردي: وكذلك قوله: ضعوا عنه أي نجم شئتم، فأما إذا قال ضعوا عنه أي نجم شاء كان الخيار إلى المكاتب في أن يوضع عنه أي نجم شاء من قليلها وكثيرها، وليس له أن يضع إلا نجماً واحداً، لأن الوصية تتناول نجماً واحداً.

فصل: ولو قال: ضعوا عنه أوسط نجم من نجومه، فالنجوم تنطلق على ثلاثة

على عددها، وعلى أجلها، وعلى قدرها، لكنه إذا قال: أوسطها انطلق الوسط على العدد، لأنه تعديل ما بين الأول والأخير، والأول والأخير لا ينطلق إلا على العدد، فكذلك الوسط فينظر في عدد النجوم، فإن كانت وتراً كالثلاثة وضع عنه الثاني، وإن كانت خمسة وضع عنه الثالث، فلا يوضع عنه في وِتْرِ النجوم إلاَّ نجماً واحداً لأنه يتعدل به ما يبقى في الطرفين، وإن كانت شفعاً لزم إسقاط نجمين، فإن كانت أربعة أسقط عنه الثاني والثالث، وإن كانت ستة أسقط عنه الثالث والرابع، ليصير الباقي في كل واحد من الطرفين مثل الآخر حتى يصح به إسقاط الوسط ولو قال: ضعوا عنه أطول نجم أو أقصر نجم انطلق على الأجل، لأن لفظ الطول والقصر، إنما ينطلق على زمان أو مكان، وليس في العقد مكان، فانطلق على الزمان وهو الأجل، ولو قال: ضعوا عنه أكثر نجم أو أقل نجم انطلق على القدر لرجوع القليل والكثير إليه.

فصل: فإن قال: ضعوا عنه أوسط نجومه قَدْراً لم يخل حال النجوم من أحد أمرين:

إما أن تتساوى أو تتفاضل فإن تساوى المال في كل نجم بأن كاتبه في كل نجم على مائة درهم وجب حمل الوصية على وضع أوسط النجوم عدداً، فإن كانت وتراً وضع عنه نجم واحد، وإن كانت شفعاً وضع عنه نجمان، لأن تساوي المقدار يمنع أن يكون له وسط، فحمل على النجوم، لأن لها وسطاً، وإن تفاضل مال كل نجم حملت الوصية على أوسطها قدراً لإضافة الوسط إليه، وأنه يمكن مع التفاضل أن يكون المقدار وسطاً، فإن كانت الكتابة على مائة في النجم الأول، ومائتين في النجم الثاني، وثلاثمائة في النجم الثالث، وضع عنه نجم المائتين، ووافق وسط المقدار أو وسط العدد، وإن كان النجم الأول مائتين والثاني ثلاثمائة، والثالث أربعمائة درهم وضع عنه المائتان في النجم الأول، لأنه وسط المقدار، وإن لم يكن وسط العدد، ولو كانت الكتابة على أربعة أنجم في النجم الأول مائة، وفي الثاني مائتان، وفي الثالث ثلاثمائة وفي الرابع أربعمائة وضع عنه الثلاثمائة، لتوسطها فيما زاد عليها، ونقص منها، ولو كان في النجم الأول مائتان والثاني مائة، والثالث ثلاثمائة والرابع مائتان، وضع عنه المائتان في النجم الأول أو المئتان في النجم الرابع، لأنهما جميعاً وسط في القدر، وليس أحدهما أخص من الآخر، فأسقطا معاً، وفي هذا الفصل تفريع يدق، فحذفناه اختصاراً.

فصل: ولو قال: ضعوا عنه ما يخف من نجومه أو ما يثقل من نجومه، فهذا يحتمل أن ينطلق على المقدار، لأن قليل المال أخف من كثيره، ويحتمل أن ينطلق على الأجل، لأن قصير الأجل أثقل من طويله، لكن انطلاقه على المقدار أغلب من انطلاقه على الأجل، وإن احتمله فوجب حمله على أغلب احتماليه فيوضع عنه في آخر

نجومه أقلها قدراً، وفي أثقل نجومه أكثرها قدراً، ولكن لو قال: ضعوا عنه ما خف أو ما ثقل، أو قال: ضعوا عنه ما قل أو ما كثر رجع فيه إلى الوارث، ليضع عنه ما شاء مما خف عليه أو ثقل وما شاء فيما قل أو كثر، لأن الشيء قد يكون قليلاً إذا أضيف إلى ما هو أكثر منه، وكثيراً إذا أضيف إلى ما هو أقل منه، وإذا قال لمكاتبه إذا عجزت فأنت حر، فعجز في حياته عتق، وإن عجز بعد موته لم يعتق، لأن إطلاق الصفة توجب حملها على بقاء الملك، كما لو قال لعبده: إذا دخلت الدار فأنت حر، فدخلها في حياة سيده عتق، ولو دخلها بعد موته لم يعتق، ولو قال لمكاتبه: إذا عجزت بعد موتي، فأنت حر عتق بعجزه بعد الموت، لأنه علق عتقه بصفتين: إحداهما: موت السيد، والثانية: عجز المكاتب، ولا يمنع أن يكون الموت صفة في وقوع العتق كالتدبير.

قال أصحابنا: ويصح مثله في قول السيد لعبده إذا دخلت الدار بعد موتي فأنت حر، أن يعتق بدخولها بعد موت السيد، وفيه عندي نظر، وبينه وبين المكاتب فرق، لأن العبد موروث والمكاتب غير موروث، فجاز أن يعتق المكاتب بالعجز لبقائه على حكم ملك السيد، ولم يعتق العبد بدخول الدار، لخروجه عن ملك السيد وإذا صح ما قلناه في عتق المكاتب بعد الموت نظر في ادعائه العجز، فإن كان قبل حلول النجم لم يعتق لأن العجز وقت الاستحقاق وقد يجوز وإن عجز قبله أن يستفيد عند محله وإن ادعى العجز عند حلول النجم اعتبر ما بيده فإن معه مال النجم لم يعتق، لأنه ليس بعاجز، وإن كان له تعجيز نفسه، لأنه علق عتقه بالعجز لا بالتعجيز، وإن لم يكن بيده مال، فالظاهر عجزه، فيكون القول في العجز قوله مع يمينه إن أكذبه الوارث، ويصير حراً، فلو قدر المكاتب على نجم، وعجز عن آخر كان ذلك عجزاً لا يعتق به، ولا فرق بين عجزه عن جميع النجم أو عن أقله في وقوع العتق به، وتكون قيمته محتسبة على السيد من ثلثه، وما أخذه الوارث من النجوم كسب له، والله أعلم.

كِتَابُ عِتْقِ أُمَّهَاتِ الأَوْلَادِ مِنْ كُتُبٍ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا وَطِىءَ أَمَتَهُ فَوَلَدَتْ مَا يَبِينُ أَنَّهُ مِنْ خَلْقِ الآدَمِيِّينَ عَيْنٍ أَوْ ظُفُرٍ أَوْ أُصْبَعٍ فَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ لاَ تُخَالِفُ المَمْلُوكَةَ فِي أَحْكَامِهَا غَيْرَ أَنَّهَا لاَ تَخْرُجُ مِنْ مِلْكِهِ فِي دَيْنٍ وَلاَ غَيْرِهِ فَإِذَا مَاتَ عُتِقَتْ مِنْ رَأْسِ المَالِ وَإِنْ لَمْ يَتَبَيَّنْ فِيْهِ مِنْ خُلْقِ آدَمِيٍّ سَأَلْنَا عُدُولاً مِنَ النِّسَاءِ فَإِنْ زَعَمْنَ أَنَّ هَذَا لاَ يَكُونُ إِلاَّ مِنْ خُلْقِ آدَمِيٍّ كَانَتْ بِهِ أُمَّ وَلَدٍ فَإِنْ شَكَكْنَ لَمْ تَكُنْ بِهِ أُمَّ وَلَدٍ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا أولد الحر أمته في ملكه، وصارت به أم ولد على ما سنذكره انتشرت حرمته إليها في شيئين:

أحدهما: تحريم بيعها عليه.

والثاني: عتقها بموته، ثم هي فيما سواها كالأمة.

فأما العتق بالموت فمتفق عليه، وأما تحريم البيع، فمختلف فيه، فالذي عليه جمهور الصحابة والتابعين رضي الله عنهم والفقهاء أن بيعها حرام، وأن ملكها لا ينتقل عن السيد إلى غيره.

واستدل من جوز بيعها بما قاله في الصحابة جابر، وابن الزبير، وذهب إليه داود وأهل الظاهر، والشيعة، فأما علي بن أبي طالب عليه السلام فقد حكي عنه القولان، حكى الحجازيون عنه تحريم بيعها، وروى العراقيون عنه جوازه، فروى الشعبي عن ابن سيرين عن علي عليه السلام أنه قال: «اقضوا في أمهات الأولاد بما كنتم تقضون، فإني أكره أن أخالف أصحابي» يعني أبا بكر، وعمر، وعثمان رضوان الله عليهم.

وروى الشعبي عن عبيدة السلماني، عن علي عليه السلام أنه قال على منبر الكوفة اجتمع رأيي ورأي أبي بكر، وعمر، على أمهات الأولاد لا يبعن، وقد رأيت أن بيعهن جائز، وروي عن عبيدة قال: قلت له: يا أمير المؤمنين إن رأيك مع الجماعة أحب إليّ من رأيك وحدك، فسكت.

واستدل من ذهب إلى جواز بيعهن برواية عطاء عن جابر قال: كنا نبيع أمهات

أولادنا، ورسول الله ﷺ بين أظهرنا إلى أن نهانا عمر عن ذلك، فانتهينا.

وما ثبت جوازه على عهد الرسول ﷺ لم يحرم بعده بنهي غيره عنه، ولأنها لما كانت في عامة أحكامها كالأمة، وجب أن تكون في جواز بيعها كالأمة، ولأنه لما جاز بيعها قبل العلوق وجب استصحاب هذا الحكم فيما بعد الوضع ما لم ينقل عنه دليل قاطع، ولأنه لو كان أولدها بعقد نكاح ثم ملكها لم يحرم عليه بيعها، وإن كانت له أم ولد كذلك إذا أولدها في ملكه، لأنها في الحالين أم ولد. ودليلنا: ما روي أن مارية القبطية وكانت أم ولد رسول الله ﷺ أولدها ابنَه إبراهيم مات عنها وله سنتان، فلما احتضر رسول الله ﷺ قال: «مَا أُخَلِّف دِينَاراً، وَلاَ دِرْهَماً، وَلاَ عَبْدَاً، وَلاَ أَمَةً قَالَتْ عَائِشَةُ رضي الله عنها: فَمَارِيَةُ؟ فقال النبي ﷺ: تِلْكَ أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا».

وروى عكرمة عن ابن عباس قال: ذكرت مارية لرسول الله ﷺ فقال: أعتقها ولدها.

وروى ابن جريج، عن الوليد بن عبد الرحمن قال: عهد النبي ﷺ إلى عليٍّ رضي الله عنه أن أم إبراهيم حرة.

فإن قيل: فهي لا تعتق بولدها، وإنما تعتق بموت سيدها، فلم يكن في هذا الظاهر دليل.

قيل: إنما يتحرر عتقها بموت السيد، والمعتق لها ولدها، فصار الولد هو المعتق لها كما لو قال لعبده: إذا مات زيد فأنت حر عتق بموت زيد، وكان السيد هو المعتق، وروى عكرمة عن ابن عباس عن النبي ﷺ: أنه قال: «أَيُّمَا أَمَةٍ، وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا فَهِيَ حُرَّةٌ».

وروى عبد الله بن دينار، عن ابن عمر أن النبي ﷺ: «نَهَى عَنْ بَيْعِ أُمَّهَاتِ الأَوْلاَدِ وَقَالَ: لاَ يُبَعْنَ وَلاَ يُرْهَنَّ وَلاَ يُوْرَثْنَ، يَسْتَمْتِعُ بِهَا فِي حَيَاتِهِ فَإِذَا مَاتَ فَهِيَ حُرَّةٌ».

وروي عن أبي سعيد الخدري قال: قلت: يا رسول الله: إِنَّا نُصِيبُ السَّبَايَا، وَنُحِبُّ الأَثْمَانَ فَنَعْزِلُ عَنْهُنَّ، فقال النبي ﷺ: «وَمَا عَلَيْكُمْ أَنْ لاَ تَفْعَلُوا، فَمَا نَسَمَةٍ قَضَى اللَّهُ خَلْقَهَا إِلاَّ وَهِيَ كَائِنَةٌ»، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ إِيلاَدَهَا مانع من جواز بيعها.

وروي أن النبي ﷺ لما أفاق في مرض موته من إغمائه قال: «اسْتَوْصُوا بِالأُدْمِ الجُعْدِ خَيْراً» يكرر ذلك مراراً، فقالُوا مَن الأُدمُ الجُعْدُ قَالَ: قبط مصرَ، فَإِنَّهُمْ أَخْوَالٌ وَأَصْهَارٌ» يريد بذلك: قوم مارية أم ولده إبراهيم، ليكون انتشار الحرمة إلى قومها تنبيهاً على ثبوت الحرمة لها، ودليلاً على ثبوته لكل من كان بمثابتها، ولأنه قد كان لكثير من الصحابة والتابعين رضي الله عنهم أمهات أولاد، ولم ينقل عن أحد منهم أنه باع أم ولده، ولولا انتشار الحظر بينهم لكان ذلك موجوداً فيهم ومستعملاً بينهم، ولأن

الإجماع منقعد على تحريم بيعها في حال الحمل لحرمة لم يتحققها، فكان تحريم بيعها بعد الوضع لحرمة متحققة أولى.

فأما الجواب عن حديث جابر فمن وجهين:

أحدهما: أنه محمول على فعل من لم يعلم بنهي النبي ﷺ أو لم يعلم النبي ﷺ بفعلهم له.

والثاني: أن يحمل على أمهات أولاد ولدن بعد نكاح من غير ملك، ألا ترى أن عمر رضي الله عنها لما نهاهم عن ذلك تقبلوا نهيه، ولو كان شرعاً مباحاً لقالوه وخالفوه.

وأما الجواب عن استصحابهم لحكم ما قبل العلوق، فهو أن اختلافهما في الحرمة توجب اختلافهما في الحكم ثم استصحاب حكمها في حال الحمل إلى ما بعد الولادة أولى أن يكون معتبراً لأنها أقرب الحالتين.

وأما الجواب عن استدلالهم بإيلادها في عقد نكاح، فهو أن ولدها في النكاح كان مملوكاً لم يثبت له الحرية، فلذلك لم تنتشر حرمته إليها في الحرية، وولدها في الملك حر فانتشرت حرمته إليها في ثبوت الحرية، وإنما صار ولده من النكاح مملوكاً، ومن الملك حراً، لأن الولد مخلوق من مائه ومائها، وماؤها حق لسيدها، فتبعه ماء الرجل، لأن الولد تبع لأمه، فصار الماءان في النكاح ملكاً لغيره، فانعقد الولد مملوكاً، وصار في أمته ملكاً لنفسه، فانعقد الولد حراً، وإذا صار بعضها حراً جاز أن يسري حكمه إليها في الحرية، وفي هذا الانفصال استدلال على الأصل، وقد نبه عمر رضي الله عنه على هذا المعنى عند نهيه، وقال: كيف نبيعهن وقد خالطت لحومنا لحومهن، ودماؤنا دماءهن؟

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من انتشار حرمتها، وتحريم بيعها، فالكلام فيها مشتمل على فصلين:

أحدهما: فيما تصير به أم ولد.

والثاني: في حكمها بعد كونها أم ولد.

فأما الفصل الأول: فيما تصير به أم ولد، فهو أن تضع من سيدها ما انعقد خلق الولد فيه، وهو على خمسة أقسام:

أحدها: وهو أكمل أحوالها أن تضع ولداً كاملاً في خلقه، وزمانه، ذكراً، أو أنثى، أو خنثى، فتصير به أم ولد، سواء ثبتت حرمة الولد بالحياة أو لم تثبت له الحرمة بإلقائه ميتاً، ويتعلق بالولد إن وضعته حياً أربعة أحكام:

الميراث، ووجوب الدية، والكفارة، وتنقضي به العدة.

والقسم الثاني: أن تضع عضواً من الولد كرأس أو يد، أو رجل، أو عين، أو إصبع، أو ظفر، فتصير به أم ولد، لأن العضو لا يكون إلا من جسد الولد، فصار البعض منه دالاً على وجوده، فثبتت به حرمة الولادة، ويتعلق به ثلاثة أحكام وجوب الغُرّة، والكفارة، وانقضاء العدة.

والقسم الثالث: أن تضع جسداً فيه خلق جلي، قد تصور في العيون لا يختلف فيه كل من شاهده من رجل وامرأة، فتصير به أم ولد، لانعقاده ولداً وتتعلق به الأحكام الثلاثة من وجوب الغرة والكفارة، وانقضاء العدة.

والقسم الرابع: أن تضع جسداً فيه من تخطيط الخلق الخفي ما لا يعرفه إلا قوابل النساء، وربما اختبرته بالماء الجاري فَبَانَ فإذا شهد أربع من عدول النساء أن فيه ابتداءً لتخطيط الخلق، ومبادىء أشكال الصور سُمعت فيه شهادتان، وصارت به أم ولد، لانعقاده ولداً، وإن لم يكمل وتتعلق به الأحكام الثلاثة من وجوب الغُرَّة، والكفارة، وانقضاء العدة.

والقسم الخامس: أن تضع جسداً هو مضغة ليس فيه خلق جلي، ولا خفي، ولا تشكل له عضو، ولا تخطط له صورة، فظاهر ما قاله الشافعي هاهنا أنها تصير به أم ولد، وقال في كتاب «العدد» ما يدل على انقضاء العدة به، واختلف أصحابنا، فمنهم من خرّج ذلك على قولين:

أحدهما: تصير به أم ولد، وتنقضي به العدة لانعقاده جسداً، فعلى هذا يتعلق به بعد مصيرها أم ولد، الأحكام الثلاثة من وجوب الغُرَّةِ، والكفارة وانقضاء العدة.

والقول الثاني: لا تصير به أم ولد، ولا تنقضي العدة به ولا يتعلق به حكم، لأنه لم يصر ولداً، ولا تثبت له حرمة.

وقال آخرون من أصحابنا: تنقضي به العدة، ولا تصير به أم ولد على الظاهر من قوله في الموضعين.

والفرق بين أن تنقضي به العدة، ولا تصير به أم ولد أن مقصود العدة استبراء، وذلك موجود فيما وضعته، والمقصود بكونها أم ولد انتشار حرمة الولد إليها، ولا حرمة لما وضعته، فعلى هذا لا يتعلق بما وضعته حكم سوى العدة، ولا تجب فيه غرة، ولا كفارة.

فصل: وأما الفصل الثاني في حكمها بعد كونها أم ولد، فيشتمل على فصلين:

أحدهما: حكمها في حياة السيد.

والثاني: حكمها بعد موته.

فأما حكمها في حياته فتنقسم أربعة أقسام:

أحدها: ما كانت فيه كالحرة، وذلك في ثلاثة أشياء: في البيع، والرهن، والهبة، فلا يجوز بيعها، ولا رهنها، ولا هبتها، وقد دللنا على البيع، وفيه دليل على المنع من الرهن والهبة.

والقسم الثاني: ما كانت فيه كالأمة، وذلك في ستة أشياء ملك السيد لأكسابها بعقد إجارة، وغير أجارة.

والثاني: التزام نفقتها وكسوتها.

والثالث: استباحة وطئها.

والرابع: في العدة إن وجبت عليها.

والخامس: في شهادتها.

والسادس: في الجناية عليها، فتكون في هذه الأحكام الستة كالأمة.

والقسم الثالث: ما خالفت فيه حكم الحرة والأمة، وذلك في جنايتها خطأً يضمنها السيد، ويكون في رقبة الأمة، وذمة الحرة أو على عاقلتها.

والقسم الرابع: ما اختلف قوله فيه، وذلك في تزويجه لها، وسيأتي حكمه من بعد.

فصل: وأما حكمها بعد موت السيد، فهو تحرير عتقها بموته، سواء مات موسراً أو معسراً، أو تكون معتقة من رأس ماله لا من ثلثه، سواء أولدها في الصحة أو في المرض.

فإن قيل: فإذا كانت الولادة هي الموجبة لعتقها فهلا تحرر عتقها بالولادة، ولم ينتظر به موت السيد.

قيل: لأمرين:

أحدهما: أن لها حقاً بالولادة، وللسيد حق بالملك وفي تعجيل حقها إبطال لحق السيد من الكسب والاستمتاع، وفي تعليقه بموت السيد حفظ للحقين، فكان أولى.

والثاني: أنها استحقت حفظاً لحرية الولد منها، وفي تعجيل عتقها إسقاط لحقها من النفقة، والكسوة، وتحريم الاستمتاع، وفي تأخيره إلى موت السيد حفظ لحرمتها في التزام النفقة، والكسوة، وبقاء الاستمتاع، والإباحة، فكان تعليقه بموت السيد أولى من تعجيله بوضع الولد، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَوَلَدُ أُمِّ الوَلَدِ بِمَنْزِلَتِهَا يُعْتَقُونَ بِعِتْقِهَا كَانُوا مِنْ حَلاَلٍ أَوْ حَرَامٍ وَلَوْ مَاتَتْ قَبْلَهُمْ ثُمَّ مَاتَ السَّيِّدُ عُتِقُوا بِمَوْتِهِ كَأُمِّهِمْ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، أما ولد أم الولد من السيد، فهو حر، لأن ولده من الأمة حر، فكان من أم ولده أولى أن يكون حراً، وأما ولدها من غيره، فيكون إما من زوج، فيكون من حلال، وإما من زنى فيكون من حرام لا يلحق بالزاني، والولد في الحالين من حلال أو حرام في حكم أم الولد في ثلاثة أشياء:

أحدها: أن يكون ملكاً للسيد كأمه.

والثاني: أنه لا يجوز له بيعه كأمه.

والثالث: أنه يعتق بموته كأمه، وإنما كان كذلك، لأن الولد تبع لأمه في الحرية والرق، وحكم أم الولد مشترك بين الحرية والرق، فاقتضى أن يكون ولدها تبعاً لها في الحالين فإن قيل: أفليس ولد المدبرة لا يتبعها في أحد القولين، ولا يعتق بموت السيد إن عتقت فهلا كان ولد أم الولد بمثابته؟

قيل: لأن الفرق فاصل بينهما من وجهين:

أحدهما: أن حكم أم الولد مستقر، فقوي في اجتذاب الولد إليها، وحكم المدبرة غير مستقر، فضعف عن اجتذاب الولد إليها.

والثاني: أن حرمة أم الولد لأجل البعضية، فانتشرت إلى ولدها، وعتق المدبرة بعقد، والعقود لا تنتشر إلى غير المعقود عليه.

فصل: فإذا تقرر أن ولد أم الولد بمثابتها عتق بموت السيد، فإن قيل: فهلا تعجل عتقه لما بينته لأمه في الاستباحة الموجبة، لتأخير عتقها.

قيل: لأنه وإن فقد هذا المعنى فإنه تابع لأمه، ولا يجوز أن يكون حكم التابع أقوى من حكم المتبوع، فلذلك تعلق عتقه وعتق أمه بموت السيد، ولم يتقدم عتقه على عتقها، ولو ماتت الأم قبل موت السيد كان عتق الولد موقوفاً على موت السيد، ولا يبطل بموت أمه بخلاف ولد المكاتبة في أحد القولين، للفرق بينهما في استقرار حكم أم الولد، ووقوف حكم المكاتبة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوِ اشْتَرَى امْرَأَتَه وَهِيَ أَمَةٌ حَامِلٌ مِنْهُ ثُمَّ وَضَعَتْ عِنْدَهُ عُتِقَ وَلَدُهَا مِنْهُ وَلَمْ تَكُنْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ أَبَداً حَتَّى تَحْمَلَ مِنْهُ وَهِيَ فِي مِلْكِهِ».

قال الماوردي: وصورتها في حر تزوج أمة، وأحبلها، ثم اشتراها بطل نكاحها،

وعتق ولدها، وهذان الحكمان متفق عليهما، واختلف الفقهاء هل تصير له بالإحبال في حال الزوجية أم ولد بعد الملك أَمَّ لا؟ على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي أنها لا تصير له أم ولد بذلك الإحبال حتى يستأنف إحبالها بعد ذلك سواء ملكها حاملاً بالولد أو بعد وضعه.

والمذهب الثاني: ما قاله أبو حنيفة، أنها قد صارت أم ولد بذلك الإحبال سواء ملكها حاملاً أو بعد الوضع.

والمذهب الثالث: ما قاله مالك والمزني، إن ملكها حاملاً صارت به أَمَّ ولد وإن ملكها بعد الوضع لم تصر به أم ولد، وقد مضى الكلام والخلاف معهما في كتاب «النفقات»، وتعليل الشافعي في كونها أم ولد أن يكون علوقها منه بحر في ملكه، وعلوقها منه في النكاح إنما هو مملوك صار حراً بعد ملكه، فلذلك لم تصر أم ولد، فأما إذا علقت منه بحر في غير ملك كالواطىء بشبهة، وكالأب إذا وطىء جارية ابنه، ففي كونها به أم ولد إذا ملكها قولان:

أحدهما: تكون به أم ولد لعلوقها منه بحر.

والثاني: لا تكون به أم ولد لعلوقها منه في غير ملك.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَبِيعَ أُمَّ وَلَدِهِ».

قال الماوردي: وصورتها: في مكاتب ملك أمة، وأولدها، فولده منها تبع له يعتق بعتقه، ويرق برقه، وليس له بيعه، وهل تصير به أم ولد للمكاتب أم لا؟ على قولين مضيا:

أحدهما: تصير به أم ولد، لما ثبت لولدها من سبب الحرية من العتق بعتق أبيه، فعلى هذا لا يجوز للمكاتب بيعها، لما ثبت لها من حرمة الولادة منه، ووقف أمرها معه، فإن أدى وعتق استقر كونها له أم ولد، وإن عجز ورق صارت مع المكاتب والولد ملكاً للسيد يجوز له بيعهم.

والقول الثاني: لا تصير أم ولد للمكاتب بهذا الإيلاد، لأن ولدها قبل عتق أبيه مملوك، وإن منع من بيعه، فلم تثبت له حرمة تنتشر إلى أمه، فعلى هذا يجوز للمكاتب بيعها قبل عتقه وبعده إلا أن يستأنف إحبالها بعد العتق، فتصير حينئذ أم ولد لا يجوز له بيعها.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَوْصَى رَجُلٌ لأُمِّ وَلَدِهِ أَوْ لِمُدَبَّرِهِ يُخْرِجُ مِنَ الثُّلُثِ فَهِيَ جَائِزَةٌ لأَنَّهُمَا يُعْتَقَانِ بِمَوْتِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، يجوز أن يوصي السيد لأم ولده، لأنها تعتق بموته، وملك الوصية يكون بالقبول بعد موته، وهي فيما بعد موته حرة، فكانت الوصية لها كالوصية لسائر الأحرار، وتكون الوصية لها من الثلث، والوصية له من الثلث وإذا كان كذلك لم يخل حال الثلث من أربعة أقسام:

أحدها: أن يتسع لقيمة المدبر، ولقدر الوصية، فيعتق المدبر بموت سيده، ويملك جميع الوصية بقبوله بعد موته.

والقسم الثاني: أن يضيق الثلث عنهما، ويتسع لأحدهما، فيقدم عتقه على الوصية له لأمرين:

أحدهما: أن عتقه يقع بالموت، والوصية تملك بعد الموت، فصار العتق سابقاً لملك الوصية فلذلك قدم عليها.

والثاني: أن في تقديم الوصية على العتق إبطالاً لها وللعتق، لأنه إذا لم يعتق وصار مملوكاً بطلت الوصية له، لأنها تصير وصية للورثة فأبطلنا الوصية له، وأمضينا عتقه.

والقسم الثالث: أن يتسع الثلث لأحدهما وبعض الآخر، فيكمل عتقه من الثلث، ويكون باقي الثلث في وصيته، ليكون العجز داخلاً على وصيته دون عتقه.

والرابع: أن يضيق الثلث عنهما ويتسع لبعض أحدهما، فيكون ما احتمله الثلث مصروفاً في عتقه، فيعتق منه بقدره، ويوقف باقيه، وتبطل الوصية له.

فصل: ولو أوصى لأم ولد غيره، ولمدبر غيره صحت الوصية لهما، فإن عتقا بموت سيدهما قبل موت الموصي، كانت الوصية لهما وملكاها بقبولهما، وإن مات الموصي قبل عتقهما كانت الوصية لسيدهما، لأن الوصية للعبد وصية لسيده، فإذا قبلها السيد ملكها، ولذلك جوزنا أن يوصي الرجل لعبد غيره، ولم نجوز أن يوصي لعبده، لأنها تصير وصية لوارثه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ جَنَتْ أُمُّ الوَلَدِ جِنَايَةً ضَمِنَ السَّيِّدُ الأَقَل مِنَ الأَرْشِ أَوِ القِيمَةِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، جناية أم الولد مضمونة على سيدها، لأنه أحدث فيها ما منع من بيعها، ولم يبلغ به العتق الذي يتعلق الحق فيه بذمتها، فصارت كالأمة القن إذا منع السيد من بيعها يلتزم بالمنع غرم جنايتها.

وإذا كان كذلك ضمن جنايتها بأقل الأمرين من قيمتها أو أرش جنايتها، وخالفت

العبد القن إذا منع من بيعه في الجناية أنه يضمن في أحد القولين جميع جنايته، ولو كانت أضعاف قيمته، لأن بيع أم الولد غير مقدور عليه، فصار ضمانها ضمان إتلاف لا يلزم فيه أكثر من القيمة، وخالفت العبد المقدور على بيعه، لأنه يجوز أن يشتريه راغب بأكثر من قيمته، فلذلك ضمن سيده بالمنع جميع جنايته.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَدَّى قِيمَتَهَا ثُمَّ عَادَتْ فَجَنَتْ فَفِيْهَا قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ إِسْلَامَهُ قِيمَتَهَا كَإِسْلَامِهِ بَدَنَهَا وَيَرْجِعُ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ الثَّانِي بِأَرْشِ جِنَايَتِهِ عَلَى الْمَجْنِي عَلَيْهِ الأَوَّلِ فَيَشْتَرِكَانِ فِيْهَا بِقَدْرِ جِنَايَتِهِمَا ثُمَّ هَكَذَا كُلَّمَا جَنَتْ وَيَدْخُلُ فِيهِ أَنَّ إِسْلَامَهُ قِيْمَتَهَا كَانَ كَإِسْلَام بَدَنِهَا إِلَى الأَوَّلِ لَزِمَ الأَوَّلُ إِخْرَاجَهَا إِلَى الثَّانِي إِذَا بَلَغَ أَرْشُ الجِنَايَةِ قِيمَتَهَا، وَالثَّانِي أَنَّهُ يَدْفَعُ الأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهَا أَوِ الجِنَايَةِ فَإِنْ عَادَتْ فَجَنَتْ وَقَدْ دُفِعَ الأَرْش رَجَعَ عَلَى السَّيِّدِ وَهَكَذَا كُلَّمَا جَنَتْ (قَالَ المُزَنِيُّ) وَالثَّانِي أَشْبَهُ عِنْدي بِالحَقِّ لأَنَّ إِسْلَامَ قِيمَتِهَا لَوْ كَانَ كَإِسْلَامِ بَدَنِهَا لَوَجَبَ أَنْ تَكُونَ الجِنَايَةُ الثَّانِيَةُ عَلَى قِيمَتِهَا وَبَطُلَتْ الشَّرِكَةُ وَفِي إِجْمَاعِهِمْ عَلَى إِبْطَالِ ذَلِكَ إِبْطَالُ هَذَا القَوْلِ وَفِي إِبْطَالِهِ ثُبُوتُ القَوْلِ الآخَرِ إِذْ لَا وَجْهَ لِقَوْلٍ ثَالِثٍ نَعْلَمُهُ عِنْدَ جَمَاعَةِ العُلَمَاءِ مِمَّنْ لَا يَبِيعُ أُمَّهَاتِ الأَوْلَادِ فَإِذَا أَفْتَكَهَا رَبُّهَا صَارَتْ بِمَعْنَاهَا المُتَقَدِّمِ لَا جِنَايَةَ عَلَيْهَا وَلَا سَيِّدَهَا بِهَا فَكَيْفَ إِذَا جَنَتْ لَا يَكُونُ عَلَيْهَا مِثْلُ ذَلِكَ قِيَاساً (قال المزني) وَقَدْ مَلَكَ المَجْنِيُّ عَلَيْهِ الأَرْش بِحَقٍّ فَكَيْفَ يَجْنِي غَيْرُهُ وَغَيْرُ مِلْكِهِ وَغَيْرُ مَنْ هُوَ عَاقِلُهُ لَهُ فَيَجِبَ عَلَيْهِ غُرْمُهُ أَوْ غُرْمُ شَيْءٍ مِنْهُ».

قال الماوردي: اعلم أنه لا تخلو جناية أم الولد إذا تكررت من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تتكرر قبل غرم الأرش، فيكون السيد ضامناً لأروش الجنايات كلها، وإن كثرت بأقلّ الأمرين من قيمتها أو أروش جناياتها، ولا يلتزم السيد من الغرم أكثر من قيمتها لا يختلف فيه قول الشافعي، لأن وجوب الأرش في حق الجماعة كوجوبه في حق الواحد.

والقسم الثاني: أن تتكرر جنايتها بعد غرمها، وقبل استيفاء قيمتها، فيضمن السيد غرم الجناية الثانية والثالثة، كما ضمن غرم الأولة حتى يستوعب غرم جميع القيمة سواء اتفقت الجنايات أو اختلفت مثل أن تكون الجناية الأولة نصف قيمتها، والثانية ثلث قيمتها، والثالثة ربع قيمتها، فيغرم أرش كل جناية منها حتى يستكمل غرم جميع قيمتها.

والقسم الثالث: أن تتكرر جنايتها بعد غرم جميع قيمتها في الجناية الأولى، وهو مسألة الكتاب ففيه قولان:

أحدهما: وهو اختيار المزني أنه يغرم في الجناية الثانية بأقلّ الأمرين، وكذلك لو جنت مائة جناية بعد غرم ما تقدمها ضمن كل واحد منهن بأقلّ الأمرين، لأمرين:

أحدهما: أن ما أوجب الغرم في الجناية الأولى موجود فيما بعدها، فوجب أن يكون الغرم كالتي قبلها.

والثاني: أن الأول قد ملك ما أخذه من الأرش، والجاني غيره، فلم يجز أن يؤخذ بأرش جنايته.

والقول الثاني: أن السيد لا يلتزم غرم أكثر من قيمة واحد، ويرجع الثاني على الأول، فيشركه فيما أخذه، ويرجع الثالث على الأول والثاني، فيشركهما، كالشفعة إذا استحقها ثلاثة، وحضر أحدهم فأخذها ثم قدم ثان شارك الأول فيها، فإذا قدم الثالث شارك الأول والثاني، وإنما لم يغرم السيد أكثر من قيمة واحدة لأمرين:

أحدهما: أنه في حكم المتلف، ولا يلزم المتلف أكثر من قيمة ما أتلف.

والثاني: أن تسليم قيمتها كتسليم بدنها، وهو إذا سَلَّم بدن عبد قد جنى ثم عاد فجنى اشترك جميعهم في بدنه، كذلك إذا سلم القيمة ثم تكررت الجناية اشترك جميعهم في القيمة، فإن تساوت أروش جناياتهم تساووا في القيمة، وإن تفاضلت تفاضلوا بقدرها في القيمة، ولا يمتنع أن يرجع الثاني على الأول بأرش جنايته، ويرجع الثالث على الأول والثاني، وإن لم يكن واحد منهما جانياً كما لو حفر رجل بئراً في أرض لا يملكها ثم مات فسقطت فيها بهيمة ضمن قيمتها في تركته، فلو استوعبت القيمة جميع تركته ثم سقطت فيها بهيمة ثانية رجع الثاني على الأول، فشاركه في القيمة، فإن سقطت فيهما بهيمة ثالثة رجع الثالث على الأول والثاني فشاركهما في القيمة، وليس أحد منهما جانياً، وبهذا يفسد ما استدل به المزني والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ حِيلَ بَيْنَهُمَا وَأُخِذَ بِنَفَقَتِهَا وَتَعْمَلُ مَا يعْمَلُ لَهُ مِثْلُهَا فَإِنْ أَسْلَمَ خُلِّيَ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ وَإِنْ مَاتَ عُتِقَتْ».

قال الماوردي: إذا أولد النصراني أمته النصرانية صارت أم ولد له يحرم عليه بيعها، وحكمها حكم أمهات الأولاد فإن أسلمت، فقد اختلف الفقهاء فيها بعد الإسلام، فذهب الشافعي رضي الله عنه إلى أنها تكون في حكم أمهات الأولاد لا يحدث لها الإسلام عتقاً ولا استسعاء.

وقال مالك: تعتق بالإسلام.

وقال أبو حنيفة: تستسعى في قيمتها وتعتق بعد أدائها.

وقال أبو يوسف ومحمد: تعتق وتستسعى في القيمة بعد العتق.

وقال الأوزاعي: يعتق نصفها وتستسعى في النصف بنصف قيمتها، وقد مضى الكلام معهم بما أغنى.

وإذا كان الإسلام لا ينافي الرق في العبد القن فأولى أن لا ينافيه في أم الولد، وإذا لم يتنافيا وجب أن تكون بعد الإسلام على حكمها قبله غير أنه يمنع من استخدامها والاستمتاع بها، لتحريم المسلمة على النصراني إلا أن يسلم معها، فيجوز أن يستمتع بها، وهو قبل الإسلام ممنوع من الخلوة بها، وتوضع على يد امرأة ثقة، ولا يجوز بيعها عليه، لأن بيع أم الولد لا يجوز، ولكن يؤخذ بعتقها جبراً، وعلى السيد نفقتها، وله كسبها، فإن مات عتقت بموته، وكان ولاؤها له ثم لعصبته. والله أعلم.

فصل: فإذا ملك المسلم مجوسية، فإن وطئها، فلا حد عليه لأجل الخلاف فيه، وإن كان ضعيفاً، وإن أولدها لحق به ولدها، وإن حرم وطؤها، وصارت له أم ولد كالمسلمة، ولو ملك ذات رحم محرم من نسب أو رضاع حرم وطؤها، وإن كان مالكاً، فإن أولدها لحق به ولدها، وكان حراً، وصارت به أم ولد، وفي وجوب حده إن كان عالماً بالتحريم قولان:

أحدهما: لا حد عليه، لأن وطأه صادف ملكه.

والقول الثاني: عليه الحد لانعقاد الإجماع على تحريمها عليه، وليس موضع يلحق فيه مع وجوب الحد إلا في هذا الموضع على هذا القول، فصار لمخالفة الأصول ضعيفاً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِذَا تُوُفِّيَ سَيِّدُ أُمِّ الوَلَدِ أَوْ أَعْتَقَهَا فَلَا عِدَّةَ وَتُسْتَبْرَأُ بِحَيْضَةٍ فَإِنْ لَمْ تَكُنْ مِنْ أَهْلِ الحَيْضِ فَثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ أَحَبُّ إِلَيْنَا (قَالَ المُزَنِيُّ) قُلْتُ أَنَا قَدْ سَوَّى الشَّافِعِيُّ بَيْنَ اسْتِبْرَاءِ الأَمَةِ وَعِدَّةِ أُمِّ الوَلَدِ فِي كِتَابِ العَدَدِ وَجَعَلَهَا حَيْضَةً فَأَشْبَهُ بِقَوْلِهِ إِذَا لَمْ يَكُونَا مِنْ أَهْلِ الحَيْضِ أَنْ يَقُومَ الشَّهْرُ فِيهِمَا مَقَامَ الحَيْضَةِ كَمَا قَالَ إِنَّ الشَّهْرَ فِي الأَمَةِ يَقُومُ مَقَامَ الحَيْضَةِ وَقَدْ قَالَ فِي بَابِ اسْتِبْرَاءِ أُمِّ الوَلَدِ فِي كِتَابِ العَدَدِ لَا تَحِلُّ أُمُّ الوَلَدِ لِلأَزْوَاجِ إِنْ كَانَتْ مِمَّنْ لَا تَحِيضُ إِلَّا بِشَهْرٍ وَهَذَا أَوْلَى بِقَوْلِهِ وَأَشْبَهُ بِأَصْلِهِ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا مات سيد أم الولد عتقت بموته، ولزمها الاستبراء، لأنها قد كانت فراشاً للسيد، فأوجب زواله أن تستبرىء كالزوجات والإماء.

واختلف الفقهاء في قدر الاستبراء، فمذهب الشافعي أنها تستبرىء نفسها بحيضة كالأمة.

وقال أبو حنيفة: تستبرىء نفسها بثلاثة أقراء كالحرة من طلاق.

وقال سفيان: تستبرىء نفسها بقرءين.

وقال الأوزاعي وإسحاق بن راهويه تستبرىء نفسها بأربعة أشهر وعشر عدة الوفاة، وبه قال عبد الله بن عمرو بن العاص، وقد مضت هذه المسألة في العدد بما أقنع.

وإذا كان الاستبراء عن وطءٍ في ملك لم تكن فيه إلا كالأمة، ولا يتعين بحدوث الحرية كما لو أعتقت الأمة المستبرأة.

فصل: وإذا تقرر أنها في الاستبراء كالأمة لم يخل حالها من أن تكون حاملاً، أو حائلاً، فإن كانت حاملاً فاستبراؤها بوضع الحمل، لأنه يستوي فيه استبراء الأمة وعدة الحرة، وإن كانت حائلاً لم يخل حالها من أن تكون من ذوات الحيض أو مؤيسة فإن كانت من ذوات الحيض استبرأت نفسها بحيضة واحدة كالأمة، وإن كانت مؤيسة ففي استبراء نفسها قولان:

أحدهما: وهو اختيار المزني أنها تستبرىء نفسها بشهر واحد، لأن كل حيضة في العدة، تقابل شهراً كالحرة تعتد بثلاثة أشهر عن ثلاثة أقراء.

والقول الثاني: تستبرىء نفسها بثلاثة أشهر، لأنه أقل الزمان الذي يعلم فيه استبراء الرحم، لقول النبي ﷺ: «يَكُونُ خَلْقُ أَحَدِكُمْ نُطْفَةً أَرْبَعِينَ يَوْمَاً ثُمَّ عَلَقَةً أَرْبَعِينَ يَوْمَاً ثُمَّ مُضْغَةً أَرْبَعِينَ يَوْمَاً» فصار انعقاده مضغة في الشهر الثالث، فلذلك تقدر الاستبراء بثلاثة أشهر، واستوت فيه الحرة والأمة كاستوائها في الحمل، وكذلك لو عجل السيد عتقها استبرأت نفسها كما لو مات.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ: قُلْتُ أَنَا: «قَدْ قَطَعَ فِي خَمْسَة عَشَرَ كِتَاباً بِعِتْقِ أُمَّهَاتِ الأَوْلاَدِ وَوَقَفَ فِي غَيْرِهَا».

قال الماوردي: أما مذهب الشافعي، فلم يختلف في قديم ولا جديد في عتق أمهات الأولاد بموت السيد، وتحريم بيعهن في حياته وقد نصّ عليه في الكتب التي ذكرها المزني. وأما قوله: «ووقف في غيرها»، فلأصحابنا في الجواب عنه ثلاثة أجوبة:

أحدها: أنه سهو منه في النقل، وأنه لم يقف عنه في شيء من كتبه.

والثاني: أنه توقف حكاية عن غيره ممن يقف في عتقهن، ومنع جواز بيعهن.

والثالث: أنه توقف استيضاحاً بحكم الاجتهاد، وإفساداً لدعوى الإجماع رداً على مالك في ادعائه الإجماع في تحريم بيع أمهات الأولاد بناءً على أصله في أن الإجماع إجماع أهل المدينة، وأن من خالفهم من غيرهم محجوج لا ينتقض به إجماعهم، لأن علياً عليه السلام استجد خلافه في جواز بيعهن بالكوفة بعد أن وافق أبا بكر وعمر بالمدينة، فلم يعتد مالك بخلافه بعد خروجه عنها، والشافعي يخالفه فيما يعتقده من الإجماع في تحريم بيعهن، وفيما يراه من إجماع أهل المدينة فيهن يعني الرد عليه في الأمرين من غير توقف في حكم العتق، وتحريم البيع، والله أعلم.

مسألة: **قَالَ المُزَنِيّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَقَالَ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ القَدِيمِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهَا وَقَالَ فِي هَذَا الكِتَابِ إِنَّا كَالمَمْلُوكَةِ فِي جَمِيعِ أَحْكَامِهَا إِلَّا أَنَّهَا لَا تُبَاعُ وَفِي كِتَابِ الرَّجْعَةِ لَهُ أَنْ يَخْتَدِمَهَا وَهِيَ كَارِهَةٌ (قَالَ المُزَنِيُّ) قُلْتُ أَنَا: وَهَذَا أَصَحُّ قَوْلَيْهِ لِأَنَّ رِقَّهَا لَمْ يَزَلْ فَكَذَلِكَ مَا كَانَ لَهُ مِنْ وَطْئِهَا وَخِدْمَتِهَا وَإِنْكَاحِهَا بِغَيْرِ إِذْنِهَا لَمْ يَزُلْ. وبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ».

قال الماوردي: أما استخدام السيد لها واستمتاعه بها، فمما لم يختلف مذهب الشافعي في جوازه كما لم يختلف مذهبه في عتقها لموته وتحريم بيعها في حياته، وأما تزويجه بها، فلا يصح لأنه مستبيح لها بالملك، فلم يثبت له عليها نكاح كالأمة، ولكن لو أعتقها جاز له أن يتزوجها لأنها قد حرمت عليه بالعتق، فجاز أن يستبيحها بالنكاح.

فأما إذا أراد أن يزوجها بزوج، ففيه ثلاثة أقاويل:

أحدها: قاله في الجديد، واختاره المزني يجوز أن يتزوجها جبراً، وإن لم تأذن، لأنه يملك الاستمتاع بها كما يملك استخدامها، فجاز أن يعقد على استمتاعها بالنكاح، كما يجوز أن يعقد على استخدامها بالإجازة، ولأن المهر من كسبها، فلم يكن لها تفويته على سيدها كسائر أكسابها.

والقول الثاني: قاله في القديم يجوز أن يزوجها بإذنها، وليس له إجبارها، لأن منعه من بيعها قد أوهن تصرفه فيها، فمنع من الإجبار لضعف تصرفه فيها.

والقول الثالث: لا يجوز أن يزوجها وإن أذنت، لنقصان كل واحد منهما عن حال الكمال، فعلى هذا هل يزوجها الحاكم أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي سعيد الإصْطَخْرِيِّ: يجوز له تزويجها إذا رضيت ورضى

سيدها، ولا يجوز أن يزوجها إذا لم يجتمعا على الرضا، لأن الحاكم يملك من عقود المناكح ما ضعف عنه الأولياء.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة لا يجوز للحاكم تزويجها لأنه لما منع من تزويجها إذا لم يجتمعا على الرضا منع منه وإن اجتمعا عليه لضعف كل واحد منهما أن يكون لإذنه تأثير.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من عقد نكاحها. فإن قيل: بأنه لا يصح كانت مقصورة على استمتاع السيد إن شاء، وهي محرمة على غيره إلا بعد العتق، وإن قيل: بجواز تزويجها كان صحة العقد عليها معتبراً بتقدم الاستبراء، لأنها قد كانت فراشاً للسيد فلم يجز العقد عليها إلا بعد زواله بالاستبراء، فإن عقد قبل الاستبراء بطل النكاح، لأن لا يصير الفراش مشتركاً ومهرها إذا صح العقد ملك للسيد دونها، لأنه من جملة كسبها، وكذلك لو وطئت بشبهة ووجب بها المهر كان ملكاً للسيد.

فصل: فأما تزويج ولد أم الولد من غير السيد، فقد ذكرنا أنه في حكمها في عتقه، والمنع من بيعه، فإن كان الولد جارية كان في تزويج السيد لها ما قدمناه من الأقاويل الثلاثة كالأم، لكن يجوز أن يزوجها من غير استبراء لأنها ليست فراشاً للسيد بخلاف الأم، وإن كان الولد غلاماً لم يكن للسيد إجباره على النكاح، لأنه ليس بكسب فيجبره عليه بخلاف الأم، وليس لهذا الغلام أن يتزوج بغير إذن السيد، لما عليه من الرق، وفي جواز تزويجه بإذن السيد وجهان تخريجاً من الأقاويل في أمه والله أعلم بالصواب.

ونسأله التوفيق فيما توخيناه وكتبناه من هذا الكتاب، والحمد لله ربِّ العالمين، وصلواته على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

آخر ما ذكرناه والحمد لله رب العالمين كثيراً
هذا آخر كتاب الحاوي والحمد لله على ما يسر
من إكماله، وصلى الله على سيدنا محمد
وآله وصحبه وسلم



فهرس الجزء الثامن عشر
من
الحاوي في الفقه

كتاب العتق

مختصر كتابي المدبَّر

مختصر المكاتب

كتاب عتق أمهات الأولاد